



Gli assetti organizzativi dell'impresa

Quaderno 18

Volume a cura di: Lorenza Calcagno e Fabrizio Di Marzio, *componenti del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura*, e Loredana Nazzicone, *Consigliere della Corte di cassazione*

Contributo redazionale: Ilaria Laezza, *addetta all'ufficio per il processo.*

Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura:
Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio Consolo, Fabrizio Di Marzio, Costantino De Robbio, Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano.



Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:
Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2022
ISBN 9791280600196

*I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.
I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori.*



Gli assetti organizzativi dell'impresa

La Scuola e la collana dei Quaderni

La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione "un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario" (pt. 8).

In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).

Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.

Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.

Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.

La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.

La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.

La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.

I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.

INDICE

NOTE INTRODUTTIVE

Loredana Nazzicone

L'art. 2086 c.c.: uno sguardo d'insieme 13

PARTE PRIMA

GENESI E STORIA DELL'ART. 2086 C.C.

Renato Rordorf

Gli assetti organizzativi dell'impresa ed i doveri degli amministratori di società delineati dal novellato art. 2086, comma 2, c.c. 53

Giuliana Scognamiglio

Genesi e fondamento dell'art. 2086, comma 2, c.c. 63

Mario Libertini

Clausole generali, concetti indeterminati e articolo 2086 c.c. 77

Massimo Bianca

Le norme positive ed i concetti in tema di assetti organizzativi dell'impresa prima della riforma dell'art. 2086 c.c. 83

Renato Bernabai

Gli assetti organizzativi adeguati in una prospettiva storica 97

PARTE SECONDA

ESEGESI E AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 2086 C.C.

Aurelio Mirone

Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza 119

Lorenzo De Angelis

La responsabilità degli amministratori non esecutivi e degli organi di controllo con riguardo agli assetti societari 151

Guido Romano

La responsabilità degli amministratori privi di delega e gli assetti societari 177

Giuseppe Di Salvo

L'art. 2409 c.c. e gli assetti organizzativi dell'impresa. 209

Pierpaolo Sanfilippo

La tutela dell'ambiente e gli "assetti adeguati" 235

Ilaria Capelli

Gruppo aziendale e strutture organizzative 271

Luigi Abete

Gli "assetti adeguati" nell'impresa individuale e nelle società personali . . 287

PARTE TERZA

LA SCIENZA ECONOMICA

L'ALLERTA E I QUADRI RISTRUTTURAZIONE PREVENTIVA

Paolo Bastia

Assetti organizzativi e scienza aziendale: principî di organizzazione, principî contabili, indici di rilevazione 299

Paola Vella

I quadri di ristrutturazione preventiva nella direttiva Ue 2019/1023 e nel diritto nazionale 321

Gli autori

Luigi Abete

Consigliere della Corte di cassazione

Paolo Bastia

Professore ordinario di economia aziendale presso l'Università di Bologna e di pianificazione e controllo presso la Luiss

Renato Bernabai

Già consigliere della Corte di cassazione

Massimo Bianca

Professore ordinario di diritto commerciale nell'Università di Trieste

Ilaria Capelli

Professore associato di diritto commerciale nell'Università dell'Insubria

Lorenzo De Angelis

Professore ordinario di diritto commerciale dell'Università di Venezia Ca' Foscari

Giuseppe Di Salvo

Presidente della sezione specializzata in materia di impresa Tribunale di Roma

Mario Libertini

Professore emerito dell'Università di Roma La Sapienza

Aurelio Mirone

Professore ordinario di diritto commerciale dell'Università di Catania

Loredana Nazzicone

Consigliere della Corte di cassazione

Guido Romano
Magistrato presso il Tribunale delle imprese di Roma

Renato Rordorf
Già Primo Presidente aggiunto della Corte di cassazione

Pierpaolo M. Sanfilippo
Professore ordinario di diritto commerciale nell'Università di Catania

Giuliana Scognamiglio
Professore ordinario di diritto commerciale dell'Università di Roma La Sapienza

Paola Vella
Consigliere della Corte di cassazione

NOTE INTRODUTTIVE

L'art. 2086 c.c.: uno sguardo d'insieme

SOMMARIO: **I. La novità e la genesi** – 1. Da norma di vetrina a cardine della *governance* dell'impresa. – 2. Il rischio d'impresa. – 3. Una disposizione vuota. – 4. Il codice della crisi come fonte della norma riformata. – 5. Le modifiche apportate dal decreto correttivo al c.c.i.i. – **II. Le clausole generali ed i concetti indeterminati** – 6. Diritto dell'impresa e comprensione dei fatti economici. – 7. Come si integrano le clausole generali? – **III. L'evoluzione normativa negli assetti d'impresa** – 8. I molti precursori dell'odierna disposizione. – **IV. L'esegesi dell'art. 2086 c.c.** – 9. “In forma societaria o collettiva”: un principio generale per l'impresa. – 10. “Ha il dovere”: un nuovo obbligo giuridico. – 10.1. La necessaria integrazione con le norme speciali. – 10.2. L'organo sociale su cui grava il dovere (competenza per gli assetti). – 10.3. Assetti e *business judgement rule*. – 10.4. La libertà d'impresa. – 10.5. L'inadempimento all'obbligo degli assetti e la formalizzazione documentale. – 11. “Assetto organizzativo, amministrativo e contabile”. – 12. “Adeguatezza alla natura e alle dimensioni dell'impresa”. – **V. L'ambito di applicazione** – 13. Gli “assetti adeguati” nell'impresa individuale e nella società personale. – 14. La società a responsabilità limitata. – 15. Gli obiettivi degli assetti adeguati per gli intermediari finanziari. – **VI. Specifici profili di disciplina** – 16. La responsabilità degli amministratori non esecutivi e degli organi di controllo. – 17. L'art. 2409 c.c. e gli assetti organizzativi dell'impresa. – 18. Gruppo aziendale e strutture organizzative. – 19. La tutela dell'ambiente e gli “assetti adeguati”. – **VII. Economia aziendale. Ristrutturazione dell'impresa** – 20. Profili di economia aziendale. – 21. Profili di ristrutturazione aziendale.

I. La novità e la genesi

1. Da norma di vetrina a cardine della *governance* d'impresa

L'art. 2086 c.c., rimasto nel codice civile sotto la rubrica «*direzione e gerarchia dell'impresa*», affermava il principio di sovraordinazione dell'imprenditore.

Il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*), in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, collocando una nuova norma nell'ambito di una disposizione generale, ha iniziato con il modificare

la rubrica, intitolata alla «gestione dell'impresa», ed ha continuato dettando una clausola a contenuto generico sui doveri dell'imprenditore, dotata di autonoma precettività, ma necessariamente da integrare mediante concetti della scienza economico-aziendale.

La materia necessita di una trattazione ampia e multidisciplinare, che spazia dai principî giuridici (individuazione degli specifici doveri e responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo), sino ai principî di organizzazione aziendale ed alla rilevazione tempestiva della crisi d'impresa.

Oggetto dell'indagine è il nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c.: all'apparenza poche righe, ma ricche di contenuti, tanto che si può prevedere non vi saranno azioni di responsabilità, e non solo, in cui non sarà implicato.

Che l'imprenditore sia tenuto ad organizzare al meglio la sua impresa e che questa abbia fini ulteriori rispetto al profitto individuale, era già nel sistema con l'art. 41 Cost.

Si tratta, allora, a questo punto, da un lato di comprendere le ragioni di questa scelta operata dal codice della crisi d'impresa, ivi inclusa la collocazione sistematica ed il richiamo operato nell'ambito dei singoli tipi societari, nonché l'uso di concetti generali e indeterminati; dall'altro lato, di ricostruire il sistema *ante* riforma, con le molte importanti sfaccettature dell'obbligo di istituire tali assetti organizzativi.

Occorre subito rilevare che la norma spinge l'imprenditore italiano verso nuovi compiti: a passare da una struttura da c.d. *impresa familiare*, con elementi personalistici forti e rapporti per lo più informali, al modello della c.d. *impresa manageriale*, capace di superare i rischi insiti nel primo modello di imprenditorialità (debolezza competitiva, carenze procedurali, sottocapitalizzazione, passaggi generazionali).

Nei contributi che seguono saranno esposte, dunque, anzitutto le ragioni della nuova disposizione, in una prospettiva storico-normativa e di teoria generale.

2. Il rischio d'impresa

Con il «*rischio di impresa*» acquisisce confidenza lo studente sin dal primo anno di giurisprudenza¹.

Nelle economie agricole autosufficienti, lo sfruttamento delle risorse naturali circoscriveva i rischi ad un numero limitato di soggetti; l'industrializzazione ha,

¹ Con riguardo alla nozione di imprenditore *ex art.* 2082 c.c., si parla di *sistematica aggregazione di mezzi materiali e immateriali* (Cass. 18 gennaio 2019, n. 1466 e Cass. 6 giugno 2003, n. 9102, ined.), di *organizzazione degli elementi personali e materiali* (Cass. 3 gennaio 2018, n. 42, ined.), di *coordinamento dei fattori produttivi* (Cass. 6 marzo 2017, n. 5520, in *Giur. comm.*, 2018, II, 24, n. M. PALMIERI), in cui l'organizzazione deve essere idonea ad affermare la c.d. economicità della gestione.

fin dagli albori del XVIII secolo, determinato però l'insorgere di nuovi rischi, molti dei quali sono un costo per la collettività (quelli legati all'ambiente naturale, all'ecosistema)².

Si è dunque iniziato a classificarli rischi in modo dettagliato, oltre la generica formula ed in base alla loro natura: rischi di mercato, tecnologici, finanziari, reputazionali, di regolamentazione legale del mercato, da reato, gestionali, di perdita della continuità aziendale, ambientali, e così via.

Ciò ha reso necessari sistemi di controllo dei rischi in tutto il mondo e per tutte le imprese. Noi ancora non lo sappiamo (almeno non a livello diffuso), ma è verosimile che una carenza nelle procedure di prevenzione del rischio da parte di un'impresa (pubblica? privata?) abbia condotto alla situazione pandemica.

Per quanto ci riguarda, in Italia ed in Europa il diritto dell'economia ha consolidato la tendenza ad esigere dagli operatori economici l'identificazione e la gestione preventiva dei rischi, elevando l'adozione di efficaci assetti organizzativi da buone, ma mere regole aziendali, a dovere giuridico.

3. Una disposizione vuota

La scelta del legislatore di collocare il tema degli assetti nell'ambito del Libro V (*Del lavoro*), Titolo II (*Del lavoro nell'impresa*), Capo I (*Dell'impresa in generale*), e non nel capo III sull'impresa commerciale, ha valore simbolico e sistematico³.

Invero, l'obbligo degli assetti adeguati grava direttamente sull'imprenditore e perciò si è scelto un "luogo" dal significato storico-giuridico di assoluto rilievo, che ospita la definizione di imprenditore nel poco precedente art. 2082 c.c.

E si rafforza così il nucleo di norme dedicate ai profili organizzativi dell'impresa, quali gli artt. 2086, comma 1, e 2087 c.c.; inoltre, la prima disposizione sulla gerarchia nell'impresa era completato dall'art. 2094 c.c., che definisce il prestatore di lavoro subordinato, nonché dall'art. 2104 c.c. sulla sua diligenza.

Qualcuno, in senso critico sulla nuova disposizione, ha scritto che, quali fossero le ragioni ispiratrici dell'originario unico comma, «*si può tuttavia affermare*

² S.A. CERRATO, G. PEIRA, *Risikogesellschaft e corporate governance: prolegomeni sulla costruzione degli assetti organizzativi per la prevenzione dei rischi – Il caso delle imprese agroalimentari*, in *Resp. amm. società e enti*, 2019, fasc. 4, 177 ss.

³ M. IRRERA, *Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nel diritto societario e nel diritto della crisi*, in AA.VV., *Assetti adeguati e perdita della continuità aziendale: il nuovo paradigma della responsabilità degli organi sociali?*, in *Dir. ed economia impr.*, 2019, 657 ss.

senza alcun dubbio che da anni la disposizione in esame occupava inutilmente alcune righe del codice civile⁴.

- Ai fini di stimolare il dibattito e le riflessioni, si possono ricordare le critiche mosse:
- la disposizione sarebbe visibilmente viziata da un “eccesso di ambizione”;
 - non in ciò si esaurisce l’attività di gestione, il primo dovere degli amministratori consistendo nel compiere le operazioni che rientrano nell’oggetto sociale;
 - la nuova rubrica «*gestione dell’impresa*» confonderebbe le idee, più di quanto riassume il contenuto della disposizione;
 - la riforma non è diretta al miglioramento delle condizioni in cui operano le imprese, ma all’agevolazione dell’amministrazione burocratica della giustizia, identificando alcuni “responsabili necessari”;
 - la disposizione è collocata nel punto sbagliato del codice, perché il primo comma appartiene al diritto del lavoro, mentre il secondo comma non riguarda le imprese individuali, bensì solo quelle societarie e collettive; il primo comma si applica a tutte le imprese, e perciò all’imprenditore individuale, il secondo si applica soltanto a chi possa dirsi un “imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva”;
 - il secondo comma dell’art. 2086 sembra sottintendere che si guardi all’impresa dal punto di vista della sua decadenza⁵;
 - la norma avrebbe dovuto richiamare i principi di corretta amministrazione⁶.
- E così via.

D’altro canto, vi è chi – e sono i giuslavoristi (cui non è stato possibile, per ragioni di tempo, riservare uno spazio in questo Convegno) – afferma come sia stato così attuato «*un intervento fortemente evocativo che, s’intuisce ad una prima lettura, è destinato ad incidere sul funzionamento complessivo dell’impresa*», foriero di «*rilevanti applicazioni anche in relazione all’esercizio dei poteri imprenditoriali nei confronti dei lavoratori*». Dunque, nel diritto del lavoro un ambito applicativo si è voluto pronosticare quanto all’incidenza del dovere di adeguatezza degli assetti sull’esercizio del potere datoriale di tipo direttivo (mutamento delle mansioni, trasferimento dei lavoratori, licenziamenti individuali, in specie per giustificato motivo oggettivo, nonché per i licenziamenti collettivi): quali provvedimenti che si legittimano avuto riguardo alle esigenze organizzative aziendali⁷.

⁴ M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell’impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. società*, 2019, 253.

⁵ Le osservazioni che precedono sono di SPOLIDORO, *op. cit.*

⁶ IRRERA, *op. cit.*

⁷ P. TULLINI, *Assetti organizzativi dell’impresa e poteri datoriali – La riforma dell’art. 2086 c.c.: prima lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, 135.

4. Il codice della crisi come fonte della norma riformata

Un dato sicuro è l'introduzione della norma da parte di una riforma c.d. fallimentare: onde la sua genesi chiaramente a questa si ricollega⁸.

La versione finale dell'art. 2086 c.c. è un po' diversa dalla legge di delega (per la parola «*anche*»): ma che la riforma di una norma sia avvenuta da parte della revisione delle procedure concorsuali non è privo di significato.

Il legislatore, mediante la modifica della rubrica, attribuisce all'impresa un compito esplicito: quello di *organizzare al meglio i fattori produttivi*, anche allo scopo di prevenzione della crisi d'impresa e della perdita della c.d. continuità aziendale.

La congiunzione «*anche*» si lascia interpretare nel senso che la prevenzione della crisi sia solo *uno* dei fini della obbligatoria predisposizione di adeguati assetti: prima di tutto vi è, in una prospettiva di buona e corretta amministrazione, lo svolgimento dell'attività con il migliore profitto ed un opportuno controllo dei rischi⁹.

Si richiama, a questo proposito, l'art. 3, comma 3, prima parte, Tue: «*L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico*».

Dunque, nell'art. 2086 c.c. sta la prospettiva di una rilevanza della c.d. responsabilità sociale dell'impresa? Non sembra, per vero, ancora di poter giungere a tanto.

L'attenzione dedicata alla nuova funzione di prevenzione della crisi non deve, in ogni caso, lasciare in ombra gli assetti organizzativi nelle società *in bonis*, non a rischio di perdere la continuità aziendale. L'organizzazione d'impresa è ricondotta alla *gestione di un complesso di rischi*, ma non certo a mera tutela del ceto

⁸ Già la legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 conteneva, tra i principi e i criteri direttivi, all'art. 14, comma 1, lett. b), il riferimento al «*dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*».

⁹ Fra gli altri, v. A. MIRONI, *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedura di allerta*, in *Rivista Orizzonti dir. comm.*, 2020, 23 ss.; E. GINEVRA e C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, 1209 ss.; E. ASTUNI, *La mancata predisposizione di assetti adeguati e i rimedi giurisdizionali in ambito civilistico*, in AA.VV., *Assetti adeguati e perdita della continuità aziendale*, cit.

creditorio: il d.lgs. n. 14 del 2019 abbandona definitivamente la visuale tradizionale della tutela esclusiva del ceto creditorio nella prospettiva della espulsione dell'impresa insolvente dal mercato, per approdare ad un fine conservativo, finalizzato a recuperare e mantenere all'interno della vita economica l'impresa o le sue strutture produttive¹⁰.

Se, poi, si guarda alla specifica finalità degli assetti come preavviso di crisi, occorre considerare il tradizionale istituto del capitale sociale: la cui ragione viene individuata nel costituire un "segnale di allarme" all'approssimarsi della crisi. Esso conserva detta funzione, come meglio si vedrà, nell'esame degli indici di crisi elaborati dalla scienza aziendalistica.

5. Le modifiche apportate dal decreto correttivo al c.c.i.i.

Nella prima modifica, l'art. 2086 c.c. era stato richiamato in tutte le disposizioni del codice civile in materia di amministrazione di società: gli artt. 2257, comma 1 (società di persone), 2380-*bis* (s.p.a.), 2409-*novies* (sistema dualistico) e 2475 (s.r.l.), mentre per il sistema monistico non era stato necessario apposito richiamo, data la norma generale di rinvio (anche all'art. 2380-*bis*) di cui all'art. 2409-*noviesdecies*: il tutto, volendosi affermare che la gestione dell'impresa, in qualunque forma assunta, obbliga gli amministratori a predisporre assetti organizzativi, amministrativi e contabili opportuni.

Il dibattito dottrinale, al riguardo, è stato assai vivace, sembrando contraddetti gli elementi tipologici delle società di persone e della società a responsabilità limitata, in quanto i soci sarebbero stati esclusi.

Nei testi definitivi, è scomparso peraltro il riferimento all'oggetto sociale, avendo il decreto correttivo soppresso la previsione che attribuisce agli amministratori il potere di compiere «*le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*».

La locuzione che assegna in via esclusiva agli amministratori il potere di compiere le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale era, infatti, prevista *ab origine* nell'art. 2380-*bis* c.c. per le società per azioni e nell'art. 2409-*novies* c.c. per il consiglio di gestione (nel modello dualistico), mentre rappresentava una novità, introdotta con l'art. 377 c.c.i.i., per le società di persone (art. 2257 c.c.) e per quelle a responsabilità limitata (art. 2475 c.c.).

L'aver soppresso la locuzione in esame in tutte e quattro le fattispecie se, da un lato, con riguardo alle società di persone e quelle a responsabilità limitata,

¹⁰ M. RIVERDITI, *La mancata predisposizione di assetti adeguati e i rimedi giurisdizionali in ambito penalistico*, in AA.VV., *Assetti adeguati e perdita della continuità aziendale*, cit.

è scelta corretta, alla luce dei rilevati diversi caratteri tipologici di tali modelli societari, dall'altro, però, con riguardo alla società per azioni (oltre che per il consiglio di gestione) rischia di ottenere effetti non voluti, quale sarebbe quello di riaffidare un ruolo gestorio all'assemblea (cfr. art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., *ante* e *post* riforma del 2003)¹¹.

A questi temi, sono dedicati i prime due contributi.

Per mera comodità, si ricordano in nota le successive modificazioni alla materia¹².

¹¹ M. IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi e l'intestazione del relativo obbligo (tra codice della crisi e bozza di decreto correttivo)*, in *Nuovo diritto delle società*, 2020, 115 ss.

¹² A) Art. 2257, *Amministrazione disgiuntiva*, comma 1.

Testo del c.c.: «*Salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri*».

Testo *ex art.* 377 d.lgs. n. 14 del 2019: «*La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*. Salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri».

Testo attuale, come modificato dall'art. 40 d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147: «*L'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori*. Salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri».

B) Art. 2380-bis. *Amministrazione della società*, comma 1.

Testo del c.c.: «*La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*».

Testo *ex art.* 377 d.lgs. n. 14 del 2019: «*La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*».

Testo attuale, come modificato dall'art. 40 d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147: «*L'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori*».

C) Art. 2409-novies. *Consiglio di gestione*, comma 1, primo periodo.

Testo del c.c.: «*La gestione dell'impresa spetta esclusivamente al consiglio di gestione, il quale compie le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*. Può delegare proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti; si applicano in tal caso il terzo, quarto e quinto comma dell'art. 2381».

Testo *ex art.* 377 d.lgs. n. 14 del 2019: «*La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*. Può delegare proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti; si applicano in tal caso il terzo, quarto e quinto comma dell'art. 2381».

Testo attuale, sostituito dall'art. 377 d.lgs. n. 14/2019, come modificato dall'art. 40 d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147: «*La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente al consiglio di gestione, il quale compie*

II. Le clausole generali ed i concetti indeterminati

6. Diritto dell'impresa e comprensione dei fatti economici

L'art. 2086 c.c. palesa una disciplina per clausole generali o comunque per “concetti indeterminati”, da cui trarre forse un innovativo “principio giuridico”.

All'economia di mercato corrisponde l'ingresso di profili tecnico-economici nel corpo delle norme giuridiche. Superata l'idea che il mercato sia, in sé, capace di assicurare l'equilibrio ottimale degli scambi e la migliore allocazione delle risorse, è acquisita la necessità di regolarlo per impedire e reprimere le principali degenerazioni¹³.

La ricerca economica ha mostrato che i mercati efficienti non sono quelli liberi da vincoli, ma quelli ben regolati. Si veda il mercato come luogo artificiale, creato dalle regole giuridiche e identificabile con il suo statuto giuridico, o si affermi che il diritto rincorre il mercato per ordinarlo con le regole intervenendo su di una realtà che non ha certo creato, resta che il diritto commerciale è intriso di nozioni economiche.

Si parla di una circolarità di regolamentazione e condizionamento, insita nel rapporto tra diritto e mercato¹⁴; ecco i tanti concetti economici che entrano nelle norme giuridiche da applicare¹⁵.

le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Può delegare proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti; si applicano in tal caso il terzo, quarto e quinto comma dell'art. 2381. L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente al consiglio di gestione».

D) Art. 2475. *Amministrazione della società*, comma 1.

Testo del c.c.: «*Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479*».

Testo ex art. 377 d.lgs. n. 14 del 2019: «*La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479*».

Testo attuale, come modificato dall'art. 40 d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147: «*L'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479*».

¹³ C. GAMBÀ, *Diritto societario e ruolo del giudice*, Cedam, Padova, 2008, 7.

¹⁴ C. FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 421, a p. 430.

¹⁵ R. RORDORF, *Tutela dei diritti e ragionevolezza economica*, in *Quest. giustizia*, 2013, fasc. 6, 20 ss., a p. 22 e 23.

Com'è noto, la scelta della tecnica normativa involge questioni di teoria generale sulla completezza dell'ordinamento, il ruolo dell'interprete, il rapporto tra diritto e morale.

Gli elementi indeterminati o vaghi della fattispecie vengono accomunati alle clausole generali quale "concetti-valvola": dispositivi tecnici cui l'ordinamento ricorre quando non è in grado di prescegliere, oppure non si rivela economicamente vantaggioso farlo, la tecnica della fattispecie analitica.

Lo *standard* è preferito a fronte di attività complesse e protratte nel tempo, che sfuggono a regole precise di condotta: una regola *broadly written* potrebbe includere nel proprio ambito di applicazione una gamma troppo ampia di comportamenti e scoraggiare ingiustificatamente l'iniziativa economica; una regola *narrowly written* potrebbe omettere di ricomprendere comportamenti o lasciarsi troppo facilmente aggirare. Sul piano dell'efficienza economica, può quindi presentarsi migliore il metodo dello *standard*: che non presenta quei problemi di sovra – o sottoinclusività, permettendo l'emergere dell'individualità del caso concreto. Ma lo *standard* è di applicazione più incerta rispetto alla *rule*: almeno fino a quando non si sia consolidata una certa interpretazione giurisprudenziale o degli affari¹⁶.

Nel fenomeno dell'impresa centrale è l'*attività*, che a volte si pone in conflitto con gli schemi teorici elaborati nella teoria dell'atto giuridico, e sempre indirizza lo schema organizzativo secondo una dinamica articolazione di poteri, destinati ad incidere, in maniera certamente inusuale per un contratto, sui terzi.

Gli interessi coinvolti nel funzionamento dell'impresa sollecitano una disciplina specifica, laddove il diritto comune dei contratti non vi si adatti.

Circostanza, questa, che spiega il largo spazio sia alle norme imperative, sia a quelle specifiche; nel contempo, il timore di avviluppare in vincoli inutili il fenomeno economico dell'impresa.

Ciò ha consigliato la frequente regolazione mediante norme a fattispecie aperta: ai concetti indeterminati si è affidato il delicato compito di rispondere alla soluzione degli interrogativi pratici.

Ecco, quindi, che esse si ritrovano un po' dappertutto: l'interesse sociale, la disciplina di bilancio con i principî di chiarezza, verità e correttezza; le invalidità del contratto di società o delle delibere, il finanziamento dei soci, il diritto dei gruppi, il rapporto di cambio nella fusione e scissione, e, per quanto riguarda l'organo gestorio, la rappresentanza, il conflitto di interessi ed in generale i doveri degli amministratori. Tutti àmbiti in cui si è reso necessario dettare una disciplina speciale del diritto commerciale, spesso per concetti indeterminati.

¹⁶ Così ancora C. GAMBA, *op.cit.*, 275.

7. Come si integrano le clausole generali?

I concetti indeterminati e le clausole generali devono, poi, essere integrati e resi concreti.

L'elemento della fattispecie, afferente ad altre scienze, richiede di essere specificato in sede interpretativa, ma tali specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica. L'opera di concretizzazione dei concetti indeterminati e delle clausole generali svolta dal giudice implica la creazione di "subnorme", che grazie alla disposizione elastica divengono regole di diritto positivo.

Il nodo centrale è quello del modo in cui questo deve avvenire, dei parametri che guidano e vincolano l'integrazione: valori esterni al diritto presunti superiori? scienze e tecniche extragiuridiche? altre norme positive? quali?

Il tema si intreccia storicamente con quello sui "poteri del giudice"¹⁷.

Nessuno afferma che la clausola generale dia luogo ad una delega al giudizio *personale* del singolo giudice; al contrario, grande è l'esigenza di stabilizzazione e prevedibilità delle decisioni derivanti dall'applicazione di clausole stesse. A tal fine, provvede il sistema dei precedenti: è acquisito che *«l'interpretazione delle clausole generali si giova dell'argumentum ab exemplo, e in particolare del richiamo dei precedenti giudiziari. Sono questi perciò a fornire la regola della decisione»*¹⁸.

Di tali spinose questioni si farà carico il contributo apposito.

III. L'evoluzione normativa negli assetti d'impresa

8. I molti precursori dell'odierna disposizione

A ben guardare, il riferimento normativo agli assetti dell'impresa era tutt'altro che raro nell'ordinamento prima del 2019.

Un ipotetico inventario rinviene molte disposizioni al riguardo, di cui possono essere ricordate almeno le più importanti secondo un elenco cronologico, con brevi cenni.

a) Il testo unico bancario (d.lgs. n. 385 del 1993)

Uno dei primi settori in cui si sono sperimentati gli assetti organizzativi d'impresa è quello degli intermediari finanziari: e si comprende perché, data la rilevanza anche pubblica dell'impresa bancaria, la quale spesso ha fatto da precursore nelle soluzioni legislative per tutte le imprese.

¹⁷ M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato – Una proposta di distinzione*, in *Riv. critica dir. privato*, 2011, 345 ss.

¹⁸ F. ROSELLI, *Le clausole generali, oggi*, in *Dir. romano attuale*, 2003, fasc. 10, 37.

L'art. 53, comma 1, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di emanare disposizioni di carattere generale avente ad oggetto l'adeguatezza patrimoniale, l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni.

Particolare importanza, tra le norme regolamentari, deve essere riconosciuta alle varie deliberazioni ed istruzioni emanate dalla Banca d'Italia, specie quanto alle disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche: atti spesso idonei a costituire «*un vero e proprio trattatello dell'adeguatezza*»¹⁹.

La legislazione speciale, insieme ai codici collettivi di autodisciplina, ha contribuito notevolmente alla definizione del principio di adeguatezza.

b) Il testo unico della finanza (d.lgs. n. 58 del 1998)

L'art. 149 t.u.f. per la prima volta impose ai sindaci un dovere di vigilanza sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

Esso attribuisce al collegio sindacale la vigilanza tra l'altro «*sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società*», «*del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione*» e «*sull'adeguatezza delle disposizioni impartite dalla società alle società controllate*».

Fonti importanti del principio di adeguatezza sono le disposizioni regolamentari emanate dalla Consob ed i regolamenti Isvap.

c) La responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche (d.lgs. n. 231/2001)

Fonte del principio di adeguatezza è l'art. 6 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, secondo cui la persona giuridica è esonerata da responsabilità per i reati commessi dagli esponenti aziendali se prova che «*l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi*» e che è stato affidato ad un organismo dell'ente il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza di tali modelli e di curare il loro aggiornamento.

Il d.lgs. n. 231 introdusse un sistema di sanzioni amministrative a carico dell'ente, per effetto di reati commessi da soggetti apicali o subordinati, consentendo l'esonero in detto caso.

¹⁹ Così, con riguardo al regolamento 14 aprile 2005 sulla gestione collettiva del risparmio, V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Esi, Napoli, 2006, 206.

La creazione di modelli organizzativi idonei a prevenire i reati-presupposto funge da esimente rispetto alla responsabilità amministrativo-penale a carico degli enti.

Tale disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti è divenuta nel tempo (con il crescere del catalogo dei reati-presupposto) sempre più rilevante, quale parametro di riferimento nella costruzione dei modelli di *governance*.

In materia, ricchissima è la casistica della giurisprudenza penale, anche di legittimità, da cui possono trarsi interessanti spunti anche per i giudici civili. Il giudice penale, infatti, per escludere la responsabilità amministrativa, procede alla concreta valutazione dei contenuti dei modelli organizzativi e quindi ad un vaglio della loro idoneità.

d) Gli artt. 2381 e 2403 c.c.

La previsione sugli assetti organizzativi fu generalizzata per le s.p.a. con la riforma societaria del 2003, che introdusse gli artt. 2381 e 2403 c.c.

Il codice civile novellato, nelle società per azioni, ha posto un articolato l'obbligo, in capo ai titolari della funzione di gestione operativa, di *curare* l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile alla natura e alle dimensioni dell'impresa (art. 2381, comma 5); agli amministratori non titolari di deleghe, l'obbligo di *valutare* l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile (art. 2381, comma 3); in capo al collegio sindacale (ovvero, nel sistema dualistico, in capo al consiglio di sorveglianza, e nel sistema monistico in capo al comitato per il controllo sulla gestione) l'obbligo di *vigilare* sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile (art. 2403).

Il codice della crisi, aggiungendo un ultimo comma all'art. 2475 c.c., ha ora esteso l'applicazione dell'art. 2381 c.c. alla s.r.l., nei limiti della compatibilità.

Detti obblighi furono salutati come specificazioni del dovere di diligenza, richiesta dalla natura dell'incarico, di cui all'art. 2392 c.c.: e che si misura anche sulla capacità di curare e valutare l'idoneità delle soluzioni e dei modelli organizzativi adottati, rispetto all'esercizio efficiente e redditizio di quella determinata attività che costituisce l'oggetto della società, tenuto conto delle dimensioni dell'impresa e della struttura aziendale di cui essa si avvale²⁰.

e) La lotta al riciclaggio (d.lgs. n. 231 del 2007; d.lgs. n. 90 del 2017)

Il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, decreto sulla lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, di attuazione della direttiva 2005/60/CE, ed integral-

²⁰ G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, I, 137.

mente riscritto dal 25 maggio 2017, n. 90, conferma a carico dei soggetti obbligati (art. 3: intermediari bancari e finanziari, altri operatori finanziari e non finanziari, professionisti, commercianti di opere d'arte, mediatori, servizi di gioco, ecc.) il dovere di adottare assetti organizzativi e procedurali adeguati a mitigare e gestire i rischi, ivi inclusa la creazione di apposita funzione antiriciclaggio ove la natura e la dimensione dell'impresa lo esiga (art. 16).

f) Prevenzione degli infortuni sul lavoro (d.lgs. n. 81 del 2008)

Dalla disposizione codicistica di cui all'art. 2087 c.c., molta strada si è percorsa.

Già tale norma conteneva un nucleare richiamo agli assetti, prevedendo l'obbligo per l'imprenditore di adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, siano necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro.

Il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, c.d. testo unico sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, consta di oltre trecento articoli e costituisce un dettagliato sistema, escluso, fra l'altro, dal novero dei reati depenalizzati.

L'art. 15 detta «*misure generali di tutela*», elencando la valutazione preventiva di tutti i rischi per la salute e sicurezza, la programmazione della prevenzione, l'eliminazione dei rischi o la loro riduzione al minimo, e molto altro.

L'art. 28 prevede l'elaborazione di un documento concernente tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, con «*data certa*», contenente il programma delle misure ritenute opportune, l'individuazione delle procedure per l'attuazione delle stesse e i ruoli di chi è tenuto a provvedervi.

L'art. 30 richiama l'adozione del modello di organizzazione e di gestione, idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, di cui al d.lgs. n. 231 del 2001.

g) Il rischio fiscale (d.lgs. n. 128 del 2015)

Il d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128 ha istituito il regime di adempimento collaborativo (c.d. *cooperative compliance*) del contribuente con l'amministrazione finanziaria, instaurando un "dialogo", ma a condizione che si doti «*di un efficace sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, inserito nel contesto del sistema di governo aziendale e di controllo interno*» (art. 4).

Si tratta di una forma di interlocuzione basata sulla collaborazione, trasparenza e fiducia reciproca, che mira appunto a favorire l'adozione di sistemi di controllo interno delle imprese per la corretta gestione del rischio fiscale (c.d. *tax control framework*).

Alla base, il documento OCSE del 2013, *Cooperative Compliance: A Framework – from enhanced relationship to cooperative compliance*.

Come afferma la circolare del Ministero dell'economia e delle finanze²¹, *«[n]ell'ambito di tale interlocuzione i contribuenti saranno incentivati a fornire informazioni spontanee, complete e tempestive e ad assumere comportamenti improntati alla trasparenza e alla compliance fiscale, a fronte di un impegno dell'Agenzia delle entrate volto a rendere l'adempimento fiscale più semplice e a supportare le imprese nel raggiungimento di un maggior grado di certezza.*

Per i contribuenti che desiderano assumere nei confronti dell'amministrazione comportamenti improntati alla compliance fiscale, assume centrale importanza il ruolo dei presidi specifici di tipo fiscale, nell'ambito del più ampio sistema di governo aziendale e di controllo interno. L'esistenza di un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, infatti, consente all'impresa di avere una visione costantemente aggiornata della propria posizione che, se supportata da trasparenza nei rapporti con l'Amministrazione finanziaria, può contribuire a eliminare, o quanto meno mitigare, le incertezze connesse alla gestione della variabile fiscale.»

In fase di prima applicazione tale regime è stato riservato, peraltro, ai contribuenti di maggiore entità (volume di affari o ricavi non inferiore a dieci miliardi di euro, con alcune eccezioni).

b) Le società pubbliche (d.lgs. n. 175 del 2016)

Nelle società pubbliche, l'art. 6, comma 2, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, sancisce che le *«società a controllo pubblico predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l'assemblea nell'ambito della relazione»* prevista.

La norma speciale sancisce l'obbligo per le società a controllo pubblico di predisporre specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e di informare l'assemblea nell'ambito della relazione sul governo societario, da predisporre annualmente a chiusura dell'esercizio sociale, pubblicata contestualmente al bilancio d'esercizio.

L'art. 6, comma 2, ha anticipato dunque l'attuale disposizione generale, sancendo il dovere degli amministratori di adottare *«specifici programmi di valutazione del rischio aziendale»*.

²¹ Cfr. Ministero dell'economia e delle finanze, Agenzia delle entrate, circolare 28 aprile 2016, n. 16/E, *Prevenzione e contrasto all'evasione. Indirizzi operativi*. In tema, di recente, A. TOMASSINI, F. PACELLI, *Modello 231 e gestione del rischio fiscale nella prospettiva della cooperative compliance*, in *Corriere trib.*, 2020, 456; G. PETRILLO, *Scambio di informazioni e tutele del contribuente nelle logiche evolutive della tax compliance*, in *Bollettino trib.*, 2020, 97; A. DI GIALLUCA, *Tax compliance e adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, in *Nuovo notiziario giur.*, 2020, 51.

Anche se qui è indicato, esplicitamente, un elemento ulteriore, rispetto al testo dell'art. 2086 c.c.: la prevenzione del rischio di crisi richiede l'adozione di un regolamento interno che individui i sintomi di allarme, alla cui rilevazione deve corrispondere l'adozione di adeguate contromisure, ai sensi dell'art. 14.

i) Il bilancio non finanziario (d.lgs. n. 254 del 2016)

Il d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254, *Attuazione della direttiva 2014/95/UE recante modifica della direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni*, ha previsto tali strumenti, sulla base di posizioni da tempo maturate nel contesto europeo.

Sin dalla risoluzione del 6 febbraio 2013 sulla responsabilità sociale delle imprese, il Parlamento europeo aveva riconosciuto l'importanza della comunicazione al pubblico di informazioni sulla c.d. sostenibilità, riguardante fattori sociali e ambientali, al fine di accrescere la fiducia degli investitori e dei consumatori.

Il d.lgs. n. 254 del 2016 introduce – in via obbligatoria per gli enti di interesse pubblico, quali società quotate, banche ed assicurazioni, se di grandi dimensioni (art. 1) ed in via solo facoltativa per tutti gli altri (art. 7) – la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario.

La dichiarazione è inserita nella relazione sulla gestione ovvero contenuta in documento separato (art. 5) e deve illustrare andamento, risultati e impatto dell'attività sociale su alcuni ambiti sensibili di interesse generale (ambiente, temi sociali, diritti umani, lotta alla corruzione) descrivendo il modello aziendale di gestione ed organizzazione delle attività d'impresa (dunque gli assetti organizzativi), le politiche imprenditoriali, i rischi (art. 3, comma 1).

È delegata alla Consob la disciplina delle modalità di trasmissione delle comunicazioni, delle modalità e dei termini del controllo da parte della stessa, dei principi di comportamento e dei criteri della verifica di conformità che deve svolgere il soggetto incaricato della revisione legale del bilancio (cfr. la deliberazione Consob 18 gennaio 2018, n. 20267, regolamento attuativo relativo alla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario).

In questi strumenti, emerge la protezione dei diritti della persona – non discriminazione, tutela del lavoro minorile, non esposizione al fumo passivo, e così via – donde, poi, la regola *comply or explain*, per la quale occorre giustificare perché l'ente non pratichi dette politiche²².

²² Al riguardo, cfr. G. MOLLO, *La comunicazione di informazioni di carattere non finanziario quale strumento di attuazione della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. dir. impresa*, 2019, 317

In un'interessante ordinanza, un giudice di merito ha negato il provvedimento d'urgenza ad una società di giochi e scommesse, volto ad ordinare all'istituto di non interrompere il rapporto di conto corrente bancario con il cliente: il provvedimento di diniego è stato emesso, argomentando il giudice nel senso che banca aveva agito in esecuzione delle disposizioni impartite dalla società capogruppo, la cui dichiarazione consolidata di carattere non finanziario escludeva in linea di principio di intrattenere rapporti con gli esercenti di attività di giochi e scommesse²³.

l) I dati personali (d.lgs. n. 196 del 2003, reg. UE n. 679/2016)

Il regolamento 27 aprile 2016, n. 2016/679, in vigore dal 25 maggio 2018, impone ad ogni soggetto, che tratti dati di carattere personale, di mettere in atto «*misure organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al regolamento*» (art. 24). Analoghi obblighi sono previsti anche negli articoli successivi, in relazione ai diversi ambiti di svolgimento dell'attività che implica il trattamento dei dati.

In attuazione, l'art. 154-bis d.lgs. n. 196 del 2003, inserito dall'art. 14 d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, dispone che il Garante ha il potere di «*adottare linee guida di indirizzo riguardanti le misure organizzative e tecniche di attuazione dei principi del Regolamento, anche per singoli settori*».

In tema, si veda anche d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51.

ss.; S. FORTUNATO, *L'informazione non-finanziaria nell'impresa socialmente responsabile*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 415 ss.; E. RIMINI, *I valori della solidarietà sociale nelle dichiarazioni non finanziarie*, in *Analisi giur. dell'economia*, 2018, 187 ss.; A. QUARANTA, *Informazione ambientale: la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario: la nuova disciplina colpisce nel segno*, in *Ambiente*, 2017, 519 ss.

²³ Trib. Pescara 14 dicembre 2020, in *Foro it.*, 2021, I, 720, in motiv.: «*A presidio dei potenziali impatti, il gruppo Iccrea ha escluso la possibilità di finanziare determinati comparti di attività ritenuti "controversi" come da codice etico e da politica del credito. (...) In particolare, si tratta dei settori legati alla costruzione, distribuzione e commercializzazione di armi (con esclusione delle armi destinate alle attività sportive o ludiche), apparecchiature e sistemi utilizzabili esclusivamente ai fini bellici, alla costruzione, distribuzione e commercializzazione di apparecchiature per scommesse, video-poker, slot-machines, ecc., all'allestimento e gestione di sale giochi e scommesse e tutti i settori attinenti alla pornografia (sexy shop, editoria di settore, ecc.). Eventuali operazioni in deroga verso i settori di cui sopra devono essere accompagnate da adeguate motivazioni, riguardo la loro indispensabile necessità (ad esempio l'importanza dell'iniziativa per il tessuto economico, moralità dei soci, attività prevalente dell'impresa rispetto a quella ritenuta non finanziabile, ecc.)*»; in tal caso, peraltro, la clausola di recesso era stata riportata in contratto dalla società controllata.

IV. L'esegesi dell'art. 2086 c.c.

9. "In forma societaria o collettiva": un principio generale per l'impresa

La norma pone l'obbligo in capo alle società (come rafforzato nei singoli tipi) e agli "imprenditore collettivi": dunque le società, l'impresa esercitata da associazioni, consorzi tra imprenditori con attività esterna, G.E.I.E., enti del terzo settore²⁴.

Il legislatore ha previsto infatti l'obbligo degli assetti non solo per le società (lucrative, cooperative, consortili, di diritto speciale), ma anche per ogni altro soggetto che eserciti un'impresa collettiva.

Il principale dubbio circa la nozione di imprenditore collettivo riguarda l'applicazione (estensiva o analogica) della norma alle fondazioni²⁵, che non sono propriamente enti collettivi.

A tale profilo sono dedicati specifici contributi.

10. "Ha il dovere": un nuovo obbligo giuridico

10.1. La necessaria integrazione con le norme speciali

Il rinvio normativo ad una clausola generale, come l'adeguatezza, è stato reputato mera *specificazione della diligenza*²⁶, quale espressione pur sempre del generale obbligo di corretto e diligente esercizio del potere di amministrazione²⁷.

Ma tale obbligo, ove violato, è fonte di responsabilità in sé, indipendentemente dall'accertamento di ulteriori condotte inadempienti (compimento di atti estranei all'oggetto sociale, operazioni in conflitto d'interesse, distrazione del patrimonio sociale, o altro).

Si parla di colpa organizzativa²⁸.

Naturalmente, ove esista una disciplina speciale, ad essa la società dovrà pure specificamente attenersi. Il livello più elevato è quello previsto dalle *società*

²⁴ IRRERA, *La collocazione*, cit.

²⁵ Un'interpretazione ragionevole imporrebbe di ricomprendere le imprese riferibili ad enti non collettivi come le fondazioni: SPOLIDORO, *op. cit.*; IRRERA, *op. ult. cit.* Per MIRONE, *L'organizzazione dell'impresa societaria*, cit., ove si propenda per una maggiore aderenza al dato letterale si può ipotizzare una soluzione che distingue tra fondazioni a base associativa, e no, anche per il fatto che le prime, analogamente a società ed associazioni, possono ricorrere anche a risorse "interne" (e cioè all'apporto dei soci) per superare la crisi.

²⁶ SPOLIDORO, *op. cit.*

²⁷ L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. società*, 2019, 413 ss.

²⁸ Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20936, in *Foro it.*, 2010, I, 3127, n. CASORIA; Cass. pen., sez. II, 10 luglio 2018, n. 34293, *ivi*, 2019, II, 393; ed altre.

bancarie, rette dalla normativa di vigilanza di particolare dettaglio e soggette a sanzioni amministrative; nelle *società quotate*, poi, assai rilevanti le indicazioni dell'art. 7 del Codice di autodisciplina, che rende obbligatoria quanto almeno alla dotazione di sistemi di gestione dei rischi e di controllo interno; nelle *società pubbliche* vi è esplicito obbligo, come rilevato, già dettato all'art. 6 d.lgs. n. 175 del 2016.

10.2. L'organo sociale su cui grava il dovere (competenza per gli assetti)

a) Consiglio di amministrazione ed amministratori delegati

Le disposizioni degli artt. 2257, 2380-bis, 2409-novies, 2409-noviesdecies e 2475 c.c. pongono espressamente in capo agli «amministratori» il compito di istituire gli assetti.

Tra essi, spicca il ruolo degli amministratori delegati.

Nei rapporti consiglio-organismi delegati, norma fondamentale resta l'art. 2381 c.c., che il Codice della crisi ha esteso alla s.r.l., sia pure nei limiti della compatibilità.

La deliberazione consiliare dovrà essere dunque adeguatamente chiara nell'affidare al delegato la cura degli assetti. Prima ancora, rientra nell'obbligo di adeguatezza la scelta di nominare, o no, uno o più amministratori delegati.

Il problema sorge nel caso in cui la delega non attribuisca ai delegati la cura degli assetti, quale dovere specifico aggiuntivo a quello di amministrare la società nei limiti della delega: può ritenersi che, anche in tal caso, la cura degli assetti sia sempre di competenza dei delegati, o vi è un ritorno della competenza in capo al consiglio?

Per una prima tesi, la cura degli assetti compete senz'altro al soggetto cui spetta la funzione di gestione, quindi agli organismi delegati, al di là dell'ampiezza della delega²⁹.

Una seconda tesi, invece, nel silenzio della deliberazione di delega, reputa che l'obbligo di curare gli assetti resti in capo al consiglio di amministrazione³⁰.

²⁹ A.S. ZANARDO, *La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Zanichelli, Bologna, 2016, 255 ss., a p. 262; M. IRRERA, *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, vol. 5, Zanichelli, Bologna, 2009, 551 ss., a p. 567.

³⁰ A. LOLLI, M.G. PAOLUCCI, *Gli assetti organizzativi adeguati e la responsabilità dell'organo amministrativo tra collegialità e organismi delegati: la nuova impostazione del codice della crisi nella versione riformata dal primo «correttivo»*, in *Riv. dir. soc.*, 2020, 343, 370 ss.

Quid in caso di deleghe interne o atipiche?

Esse attuano un riparto interno di funzioni fra i membri del c.d.a., in mancanza di una preventiva autorizzazione statutaria o assembleare, con attribuzione *de facto* di funzioni ad alcuni membri del consiglio. Tale modalità interna di organizzazione dell'attività, non esteriorizzata, non spoglia il consiglio dall'obbligo di creare assetti adeguati e non può tradursi in un'esimente sul vincolo di solidarietà tra tutti gli amministratori. Il ricorso alle deleghe interne per la cura degli assetti potrebbe esso stesso reputarsi un assetto inadeguato³¹.

b) Direttore generale

Attesa la regola dell'art. 2380-*bis* c.c., non è competenza del medesimo la predisposizione degli assetti, salva specifica delega al riguardo: se la gestione organizzativa è competenza esclusiva dell'organo gestorio, non può esservi un'ingerenza da parte di un soggetto, quale il direttore generale, nominato dall'assemblea e che, seppure al vertice della gerarchia, resta un dipendente della società.

Ciò non toglie³² che il direttore generale possa collaborare con il c.d.a. e con gli organi delegati, se nominati, nella costruzione degli assetti adeguati.

c) Assemblea

L'applicazione dell'art. 2086 c.c. ai vari tipi sociali induce a domandarsi se l'adozione di assetti adeguati competa solo agli amministratori, o si estenda anche ad altri organi sociali, come l'assemblea.

Non vi è dubbio che il destinatario primario dell'obbligo sia l'organo gestorio.

Ma laddove, come nelle società personali e nella s.r.l., noti e plurimi indici normativi militano per una maggiore diretta ingerenza dei soci nella funzione gestoria, anche il compito degli assetti sarà loro riferibile³³.

Alcune scelte organizzative societarie – apertura di sedi secondarie, fusioni e scissioni, modifiche dell'oggetto sociale, istituzione di patrimoni destinati, ecc. – sono demandate all'assemblea di s.p.a., ma possono interferire sugli assetti organizzativi, anche nel senso di renderne più complessa l'adeguatezza; ma resta compito degli amministratori assicurarsi che gli assetti siano davvero adeguati, nel loro complesso.

³¹ LOLLI e PAOLUCCI, *op. loc. cit.*, anche per altri riferimenti.

³² LOLLI e PAOLUCCI, *op. cit.*, 375, che ricordano la contraria opinione di M. IRRERA, *Profili di corporate governance della società per azioni, tra responsabilità, controlli e bilancio*, Milano, 2009, 35 s.

³³ Per qualche cenno, P. BASTIA, E. RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, in *Banca impr. società*, 2020, 359.

10.3. Assetti e *business judgement rule*

Il limite d'insindacabilità delle scelte imprenditoriali, adottate con le dovute cautele preventive normalmente richieste, si applica anche alle scelte organizzative in materia di assetti?

Parte della dottrina risponde negativamente al quesito, reputando possibile una maggiore ingerenza giudiziale sull'adempimento di predisposizione degli assetti, oggetto degli obblighi "organizzativi" degli amministratori, a contenuto specifico e non implicanti scelte di gestione in senso proprio, ma ad esse funzionali³⁴.

In senso contrario, la tesi dominante reputa che anche l'attività organizzativa si giovi della regola della *BJR*, attesa l'ampia previsione, a contenuto senz'altro indeterminato, ma determinabile secondo una certa dose di discrezionalità gestoria, relativa alla necessaria "adeguatezza" degli assetti³⁵.

Orbene: concordiamo con chi – in questa seconda prospettiva – ritiene che la "presunzione di razionalità" valga per le scelte propriamente gestionali dell'impresa (quali, ad es., "cosa e come produrre"), dove strategie anche audaci e rischiose devono essere presunte legittime, e sono, anzi, apprezzabili sotto il profilo dell'innovazione.

Sul piano organizzativo, invece, l'ordinamento valorizza un principio di prudenza, come confermato in speciali discipline (società pubbliche, codice della crisi), donde la necessità di applicare detta regola³⁶.

Questa tesi è stata seguita dal Tribunale di Roma, che ha applicato il predetto limite alla sindacabilità della discrezionalità gestoria anche in tema di assetti³⁷.

³⁴ P. MONTALENTI, *Diritto della impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 76; C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 666; R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Soc.*, 2013, 671.

³⁵ BENEDETTI, *op. cit.*, 448; N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazione del codice civile: prime letture*, in *Soc.*, 2019, 393 ss., a p. 396; V. CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 12.

³⁶ MIRONE, *op. ult. cit.*

³⁷ Trib. Roma, ord. 8 aprile 2020, in *Foro it.*, 2020, I, 2182: «Ebbene, sebbene debba darsi atto di un orientamento dottrinario che ritiene che non sia possibile traslare i principi che sorreggono la regola sopra evidenziata alle scelte non gestorie, ma organizzative, ritiene il tribunale che sia condivisibile la conclusione favorevole... In tale prospettiva, in estrema sintesi, si evidenzia che la funzione organizzativa rientra pur sempre nel più vasto ambito della gestione sociale».

10.4. La libertà d'impresa

Ma il nuovo obbligo pone in discussione il principio di autonomia dell'organizzazione d'impresa, limitandone la libertà?

Secondo alcuni, infatti, la norma relativa agli assetti organizzativi, avendo una funzione precettiva, comprimerebbe in modo drastico la libertà dell'imprenditore³⁸.

Tuttavia, occorre considerare che il limite posto dall'art. 2086 c.c. è del tutto coerente con questa e con le finalità dell'impresa: non si tratta di un limite "esterno", che comprime lo spazio concesso all'autonomia, ma di un vincolo "interno" alla stessa e funzionale al suo esercizio³⁹.

Il parametro è nel generale principio di proporzionalità, inteso come bilanciamento tra il sacrificio dell'interesse di chi esercita l'attività d'impresa e il raggiungimento dello scopo per il quale il vincolo è posto.

Sul punto, si veda, in particolare, il contributo al cap. III di questo volume.

10.5. L'inadempimento all'obbligo degli assetti e la formalizzazione documentale

In sintesi, si può dire che la violazione del nuovo obbligo può derivare:

- a) dalla mancata predisposizione di assetti;
- b) dall'inadeguatezza degli assetti predisposti;
- c) dalla violazione degli assetti in sede di funzionamento dell'attività d'impresa.

Quanto al profilo *sub a)*, alcuni peraltro ritengono che lo stesso criterio di adeguatezza può portare a riconoscere che nelle imprese minori non si renda necessario nessun apparato interno ed nessuna procedura, qualificabili come veri e propri assetti organizzativi⁴⁰.

Il verbo «*istituire*» assetti adeguati indica il vincolo ad esercitare l'attività di impresa sulla base a procedure predeterminate: senza che gli assetti possano restare "fluidi", affidati a una continua, mobile conformazione⁴¹.

Pur non esplicitato nell'art. 2086 c.c., l'adempimento della formalizzazione è agevolmente ricavabile, dunque, in quanto deriva dallo stesso concetto di "*isti-*

³⁸ BASTIA, RICCIARDELLI, *Gli adeguati assetti*, cit.; S. FORTUNATO, *Codice della crisi e codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, 952.

³⁹ O. CAGNASSO, *Organizzazione della gestione di vertice ed autonomia privata*, paper per il XII convegno annuale ODC, *La libertà d'impresa*, Roma, 17-18 settembre 2021, p. 3.

⁴⁰ Ad es., MIRONE, *op. ult. cit. V. infra*, par. 12.

⁴¹ E. GINEVRA, C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, 1209 ss.

tuzione” degli assetti, il che palesa che non si tratti di un mero fatto; dall'art. 13 c.c.i.i., che prevede l'utilizzo degli *standard* elaborati dal CNDCEC e la possibilità di derogarvi con un documento autonomo della società, attestato da un professionista indipendente; dal fatto in sé che un assetto, per essere adeguato, deve essere formalizzato, in modo da essere conosciuto in azienda⁴².

La vera portata riformatrice del nuovo art. 2086 c.c. non risiede tanto nell'imposizione di regole di diligenza e corretta organizzazione nella gestione dell'impresa, anche al fine di prevenire la crisi, quanto piuttosto nell'aggiungere a questa regola di carattere generale, di per sé tradizionale, il dovere di adottare misure organizzative adeguate in modo formale e dichiarato.

11. “Assetto organizzativo, amministrativo e contabile”

Per quanto attiene ai vocaboli usati, per il profilo *organizzativo* ormai ampia dottrina concorda che gli assetti organizzativi consistono negli aspetti strutturali dell'organizzazione dell'impresa: configurazione di funzioni e competenze (*funzionigramma*), poteri e responsabilità (*organigramma*) delle strutture aziendali e, soprattutto, di meccanismi di coordinamento tra queste⁴³.

È il «*dovere organizzativo di più elevato grado*», coincidente con «*l'intera struttura interna dell'impresa che ne garantisce continuità e funzionamento, nel rispetto della legalità*»⁴⁴.

Più in dettaglio, occorre dunque siano delineati i compiti di ciascun soggetto.

In materia bancaria, si vedano, per rendere concreta la disposizione, le indicazioni di chi⁴⁵, sul piano applicativo, menziona: l'esigenza che il contenuto delle deleghe sia determinato in modo analitico, chiaro e preciso; il principio della competenza collegiale per le decisioni concernenti le operazioni strategiche ed i piani industriali e finanziari; la regola per cui va evitata la contemporanea presenza di più amministratori delegati, oppure di un delegato e un comitato esecutivo, salvo che si tratti di imprese con caratteristiche di particolare complessità operativa e dimensionale; e così via.

Gli assetti *amministrativi*, dal loro canto, fanno piuttosto riferimento alla dimensione c.d. dinamico-funzionale.

⁴² MIRONE, *op. ult. cit.*

⁴³ CAGNASSO, *Organizzazione della gestione*, cit.

⁴⁴ IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 81; sia permesso altresì il rinvio a L. NAZZICONE, S. PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, 5, Milano 2003, 38 e ID, *Amministrazione e controlli nella società per azioni*, aggiornato alla nuova disciplina sulla revisione legale (d.lgs. n. 39/2010), Giuffrè, Milano, 2010.

⁴⁵ G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze*, cit.

In sostanza: ognuno abbia compiti chiari, capacità per svolgerli, poteri richiesti all'uopo, ed esistano i necessari controlli.

12. “Adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa”

L'art. 2086, comma 2, c.c. ripete la formula già presente nell'art. 2381, comma 5, c.c.

Il riferimento alla natura ed alla dimensioni dell'impresa permette di bene intendere il requisito della c.d. proporzionalità dell'obbligo, così imposto.

Il parametro della *natura* dell'impresa va riferito all'oggetto sociale.

L'adeguatezza di un sistema – in base al parametro della *dimensione* – dipende dalla complessità aziendale, caso per caso: davanti ad una società per azioni di ridotte dimensioni per giro d'affari ed organizzazione aziendale, gli assetti risulteranno adeguati anche se caratterizzati da una relativa semplicità; al contrario, la grande società per azioni, peraltro spesso svolgente anche l'attività di direzione unitaria, presenta una complessità organizzativa tale da imporre una più ampia ed analitica articolazione degli assetti⁴⁶.

Non esiste un unico assetto organizzativo idoneo ad assicurare la corretta gestione dell'impresa⁴⁷ o migliore in assoluto (*the one best way*)⁴⁸.

Quando, perciò, si deve valutare se l'obbligo sia stato o no adempiuto, sarà di regola semplice ritenere inapplicabile la *business judgment rule*, con la relativa esenzione da responsabilità, se l'organo gestorio non abbia proprio preso in considerazione la questione dell'organizzazione; situazione ovviamente meno lineare, quando l'organo gestorio abbia diligentemente trattato la questione, ritenendo comunque di non predisporre assetti⁴⁹.

Convince la tesi di chi⁵⁰ reputa necessario un *minimum* di assetto organizzativo anche nelle imprese minori, quale organigramma con indicazione di compiti e responsabilità; del pari l'assetto contabile, ancorché semplificato, sarà necessario

⁴⁶ IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi*, e ID., *Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, citt.

⁴⁷ ASTUNI, *La mancata predisposizione di assetti adeguati e i rimedi giurisdizionali in ambito civile*, cit.

⁴⁸ BASTIA, RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali*, cit., secondo cui vanno assunte, tra le varie configurazioni organizzative possibili, quelle in coerenza con prescelte strategie aziendali, secondo un paradigma «strategia-struttura».

⁴⁹ M. TABELLINI, *Business judgment rule e scelte organizzative*, nota a T. Roma, 8 aprile 2020, in *Giur. it.*, 2021, 105.

⁵⁰ IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi*, e ID., *Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, citt.

anche nelle realtà più piccole, non potendosi in caso contrario neppure pensare a come sia possibile rilevare tempestivamente la crisi e la perdita della continuità aziendale, senza possedere un sistema adeguato di rilevazione dei fatti contabili.

Dall'altra parte, taluno⁵¹ sottolinea come i costi negli assetti organizzativi interni all'impresa non devono andare a scapito del compimento di atti di gestione esterna, ed evidenzia le esigenze di non disincentivare l'assunzione della carica di amministratore, di evitare un'eccessiva avversione al rischio e di non incorrere nell'*bindsight bias* (il "senno di poi").

Se, indubbiamente, l'applicazione della norma non può essere "punitiva", deve pur dirsi che non è quella l'intenzione del legislatore, al contrario avendo egli inteso incentivare una conduzione più professionale e proficua dell'impresa.

Per quanto riguarda la congiunzione «*anche*» a fini di rilevazione tempestiva della crisi, il punto è stato già trattato altrove (§ 4).

V. L'ambito di applicazione

13. Gli "assetti adeguati" nell'impresa individuale e nella società personale

La proposta di decreto legislativo delegato formulato dalla Commissione Rordorf nel dicembre 2017 prevedeva che gli assetti riguardassero «*l'imprenditore, che operi in forma individuale, societaria o in qualunque altra veste*».

A tale specifica previsione furono rivolte critiche da più parti, nel senso che la "sovrastuttura" degli assetti fosse esorbitante per l'imprenditore individuale, e ciò ha indotto il legislatore a un passo indietro, limitando agli enti "societari e collettivi".

Anche questa scelta è stata criticata.

Infatti, si è detto che la previsione, già contenuta nel comma 3 dell'art. 2381 c.c. e ribadita nel comma 2 dell'art. 2086 c.c., della necessità che gli assetti siano adeguati "alla natura e alle dimensioni" dell'impresa era già uno strumento idoneo per contenere in modo significativo la "dimensione" degli assetti⁵².

Altri hanno ritenuto senz'altro esclusa l'impresa individuale, con scelta però non comprensibile, in quanto l'imprenditore individuale ben potrebbe svolgere un'attività economica di notevoli dimensioni⁵³.

⁵¹ ABRIANI, ROSSI, *Nuova disciplina*, cit., a p. 396.

⁵² IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi*, e Id., *Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, cit.

⁵³ SPOLIDORO, *Note critiche*, cit.

Ma occorre poi considerare il contenuto dell'art. 3 c.c.i.i. (*Doveri del debitore. L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte*).

Ai fini dunque della tempestiva rilevazione della crisi, l'imprenditore individuale deve adottare "misure idonee", mentre l'imprenditore collettivo deve istituire "assetti adeguati", secondo l'art. 2086, comma 2, c.c.

Non si possono fondare particolari distinzioni su tali vocaboli: in ogni caso, le misure devono essere idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e ad assumere senza indugio le iniziative necessarie.

Certo, come si è notato, le "misure" devono essere idonee alla rilevazione e al superamento della crisi, mentre gli assetti appaiono di contenuto assai più complesso, e riferito non solo alla crisi, ma anche alla perdita della continuità aziendale⁵⁴. Ma il principio di proporzionalità previsto nel comma 2 dell'art. 2086 c.c., per la sua razionalità, deve valere anche per le misure dell'imprenditore individuale.

In definitiva, anche nell'impresa individuale, se di dimensioni analoghe a quelle di una società, i doveri di chi gestisce l'impresa sono i medesimi; viceversa, si può utilizzare il criterio elastico per ritenere sufficiente in una società unipersonale l'adozione di semplici "misure"⁵⁵.

Del pari, nelle società di persone, l'amministrazione è tipicamente affidata a soci già illimitatamente responsabili, ai quali non è pertanto concretamente applicabile alcuna sanzione risarcitoria; nella piccola impresa anche societaria, la prevalenza del lavoro dell'imprenditore o dei soci potrebbe indurre a configurare una presunzione di non necessarietà degli assetti organizzativi, l'attività d'impresa svolgendosi sotto il diretto controllo del titolare⁵⁶.

Ma, su tali profili ed ulteriori, si veda il contributo a ciò dedicato in questo volume (cap. XI).

14. La società a responsabilità limitata

È noto come la riforma del 2003 avesse optato per un controllo diretto dei soci sulla gestione, con ampliamento dei poteri informativi *ex art.* 2476, comma 2, c.c., ed azione diretta di responsabilità sociale.

⁵⁴ CAGNASSO, *Organizzazione della gestione*, cit.

⁵⁵ G. FERRI JR., M. ROSSI, *Prime osservazioni in tema di gestione dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, 1093 ss.; L. PANZANI, *La disciplina degli assetti ai fini della rilevazione della crisi, con particolare riferimento alla s.r.l.*, in AA.VV., *La società a responsabilità limitata: un modello trans tipico alla prova del codice della crisi – Studi in onore di Oreste Cagnasso*, Giappichelli, Torino, 2020, 649 ss.

⁵⁶ MIRONE, *op. ult. cit.*

A tale modello si è poi sovrapposto, via via nel tempo, quello attuale, con gli obblighi *ex art.* 2477 c.c., quando la s.r.l. abbia maggiori dimensioni.

Ciò vuol dire che già il legislatore ha inteso delineare assetti organizzativi adeguati alle diverse esigenze.

All'assemblea compete la scelta ai sensi dell'art. 2477 c.c. sull'organo di controllo: il quale potrà, a discrezione dei soci, mancare del tutto («*può*»), oppure essere un sindaco/collegio sindacale o un revisore.

Spetta anzitutto all'assemblea delineare la struttura degli organi amministrativo e di controllo; con la precisazione che quest'ultimo può mancare, anche nella figura attenuata del revisore, onde in tal caso non vi sarà un controllo sulla gestione. Ma l'assemblea non è organo cui si riconduca, usualmente, una forma di responsabilità. Ecco la ragione per ritenere in ogni caso gravante sugli amministratori l'obbligo di segnalare ai soci qualsiasi esigenza organizzativa, necessaria a rendere l'assetto complessivo della società adeguato alla sua natura e dimensione.

Agli amministratori competerà di verificare se, in ogni caso, davvero sia adeguato il mero revisore, nell'ambito degli assetti volti *anche* alla rilevazione tempestiva della crisi d'impresa.

Non senza ricordare che, ai sensi dell'art. 2477, comma 5, ove l'assemblea che approva il bilancio in cui vengono superati i limiti indicati non provveda alla nomina dell'organo di controllo o del revisore, qualsiasi interessato (gli stessi amministratori, per i quali può ritenersi anzi atto dovuto) o il conservatore del registro delle imprese possono condurre alla nomina da parte del tribunale delle imprese.

Nell'ambito dell'organo gestorio, l'art. 2475, comma 5, c.c. riserva al collegio nel suo complesso la redazione del progetto di bilancio, dei progetti di fusione o scissione, le decisioni di aumento del capitale delegato.

Non, però, la materia degli assetti, che dunque può rientrare nelle materie ad amministrazione disgiuntiva (in analogia con l'art. 2381 c.c., peraltro ora applicabile anche alla s.r.l., dove gli assetti sono proprio oggetto di delega).

Permane, comunque, il meccanismo del veto degli altri amministratori, per il rinvio al comma 2 dell'art. 2257 c.c.; nonché il generale dovere di correttezza che impone, per decisioni di rilievo organizzativo, di sentire comunque gli altri componenti.

15. Gli obiettivi degli assetti adeguati per gli intermediari finanziari

Un mercato controllato e vigilato, come quello degli intermediari finanziari, non poteva mancare di regole *ad hoc* sugli assetti.

La predisposizione di un assetto adeguato di tali soggetti è stata ritenuta da tempo di particolare interesse collettivo, volta a favorire i "beni" della sana e pru-

dente gestione, della stabilità patrimoniale con il contenimento del rischio, della correttezza e trasparenza dei comportamenti.

Onde si tratta del primo settore storicamente sensibile al tema, perché si volle prevedere per gli intermediari finanziari, bancari e non, che essi si munissero di un assetto organizzativo interno avente il carattere dell'adeguatezza, idoneo ad assicurare il perseguimento degli obiettivi assegnati alla vigilanza.

L'attenzione per l'adeguatezza degli assetti organizzativi è uno degli aspetti qualificanti della versione Basilea II degli *accordi di Basilea* e del sistema delle direttive europee *Mifid*⁵⁷.

Può dirsi che, se la riforma del diritto societario del 2003 subì varie influenze dalla stessa elaborazione regolamentare elaborata per i mercati finanziari e che il nuovo art. 2986 c.c. si sia giovato di quella esperienza, al contempo ciò ha condotto a "compimento" la materia, in tal modo sistematizzata⁵⁸.

L'art. 6 t.u.f. detta criteri in ordine ai «*poteri regolamentari*» di Banca d'Italia e Consob. Questi i principî, posti al comma "01", che vale richiamare:

- a) valorizzazione dell'autonomia decisionale dei soggetti abilitati, nonché l'informativa da rendere al pubblico sulle stesse materie e sul governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, i controlli interni e i sistemi di remunerazione e di incentivazione;
- b) proporzionalità, intesa come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari;
- c) riconoscimento del carattere internazionale del mercato finanziario e salvaguardia della posizione competitiva dell'industria italiana;
- d) agevolazione dell'innovazione e della concorrenza.

L'art. 6, comma 1, lett. c-*bis*, t.u.f., ha demandato alla Banca d'Italia, sentita la Consob, di disciplinare con regolamento, con riferimento alla prestazione dei servizi d'investimento, nonché alla gestione collettiva del risparmio, una serie di obblighi dei soggetti abilitati, aventi ad oggetto, in generale, i requisiti generali di organizzazione.

Essi spaziano negli ambiti del «*governo societario e requisiti generali di organizzazione*», «*organizzazione amministrativa e contabile*», «*gestione del rischio dell'impresa*», «*audit interno*», «*esternalizzazione di funzioni operative essenziali o importanti o di servizi o di attività*», e così via.

⁵⁷ BASTIA, RICCIARDELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali*, cit., in cui si ricorda altresì che la BRRD, *Bank Recovery and Resolution Directive*, UE/59/2014, che ha ricevuto attuazione con i d.lgs. n. 180 e n. 181/2015, ha introdotto misure di «preparazione della crisi» e intervento precoce.

⁵⁸ Cfr. A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1165.

Si vedano, altresì, le *Disposizioni di vigilanza per intermediari finanziari*, contenute nella circolare della Banca d'Italia del 3 aprile 2015, n. 288. Si tratta di un documento corposo, dove in tema di «*governo societario*» si dettano principi generali e regole sugli obblighi di adeguatezza degli assetti organizzativi, secondo le linee guida internazionali ed europee. Il titolo terzo, dedicato all'organizzazione amministrativa e contabile e ai controlli interni, all'art. 1 prevede che gli assetti di governo societario costituiscano «*un elemento fondamentale per assicurare la sana e prudente gestione aziendale*», secondo «*il principio di proporzionalità, avuto riguardo alla complessità operativa, dimensionale e organizzativa degli intermediari, nonché alla natura dell'attività svolta*». E si richiama espressamente «*una approfondita autovalutazione, che consenta di individuare il modello in concreto più idoneo... avendo presente anche i costi*». E molto di più; se ne consiglia la lettura, assai utile per inquadrare in concreto la ricchezza del tema.

La dottrina⁵⁹ ha riassunto perspicuamente i principi che emergono dal t.u.f. e dalla regolamentazione, quali:

(i) principio della proporzionalità, intesa come scelta di soluzioni organizzative proporzionate alla complessità dell'attività svolta;

(ii) principio della adeguatezza, intesa come idoneità delle soluzioni organizzative prescelte rispetto agli obiettivi predetti, adeguatezza che costituisce contenuto di un obbligo per gli organi della società e canone per l'esercizio della vigilanza;

(iii) principio della chiara distinzione dei ruoli e delle responsabilità;

(iv) principio dell'appropriato bilanciamento dei poteri, al fine di evitare concentrazioni di potere suscettibili di impedire il funzionamento di una corretta dialettica interna all'assetto organizzativo attuato;

(v) principio di equilibrata composizione degli organi;

(vi) principio di efficacia dei controlli;

(vii) principio del necessario presidio di tutti i rischi aziendali;

(viii) principio di adeguatezza dei flussi informativi.

Essi, come si è detto, sono utili anche per ricostruire, in modo più concreto, gli obblighi gravanti sull'impresa per il nuovo art. 2086 c.c.

Per quanto riguarda le assicurazioni, la regolamentazione Ivass a sua volta delinea un quadro di elevato dettaglio operativo (regolamento 3 luglio 2018, n. 38), sulla base della disciplina primaria contenuta negli artt. 30 ss. d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, *Codice delle assicurazioni private*.

⁵⁹ SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze*, cit., a p. 143 ss.

VI. Specifici profili di disciplina

16. La responsabilità degli amministratori non esecutivi e degli organi di controllo

Come sempre, si riscontra il rischio concreto di sovrapposizione dei controlli: concorrono ad essi gli amministratori non esecutivi, gli amministratori indipendenti, il comitato per il controllo, il collegio sindacale, l'organismo di vigilanza ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, ecc.

Senza considerare che, in ipotesi di passaggio da una situazione di continuità aziendale al *default*, può aversi l'attribuzione di competenze anche a figure esterne atipiche: quali il *chief restructuring officer*, gli *advisors* legali e finanziari, le autorità di vigilanza per gli enti quotati e per le banche, l'attestatore del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, sino al commissario giudiziale ed al giudice delegato.

Onde – se esistano vari organi cui sia affidata tale lata funzione – la ripartizione dei compiti dovrà essere, nell'organigramma interno, particolarmente chiara, e proprio questo sarà uno dei profili di valutazione dell'adeguatezza dell'assetto.

Per gli organi deleganti, l'imputabilità della mancata o inadeguata predisposizione degli assetti è necessariamente legata – come in ogni altro caso – a presupposti specifici.

La responsabilità degli organi deleganti è tradizionalmente ancorata ai flussi informativi ricevuti ed al dovere di cogliere eventuali segnali di anomalia nella gestione, richiedendo ulteriori e più dettagliate informazioni, se quelle fornite appaiono lacunose o contraddittorie (art. 2381, comma 6): onde varrà l'ampia letteratura ed elaborazione giurisprudenziale al riguardo.

Si ricorda solo che anche nella s.r.l. è ormai ammesso il sistema delle deleghe. Se di ciò già non si dubitava, una conferma è giunta con l'art. 377, comma 5, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che ha aggiunto il sesto comma all'art. 2475 c.c., richiamando "in quanto compatibile" l'art. 2381 c.c.

Sul tema, si rinvia ai completi contributi in argomento.

17. L'art. 2409 c.c. e gli assetti organizzativi dell'impresa

L'incidenza degli assetti nel procedimento di denuncia al tribunale può essere guardata da due punti di vista:

- a) se la violazione dell'obbligo di istituire gli assetti possa fondare una denuncia per gravi irregolarità;
- b) se la denuncia al tribunale costituisca, da parte dei sindaci o di altri soggetti legittimati, una misura idonea a fronte del rilievo della crisi.

Sotto il primo profilo, per ora affrontato dalla giurisprudenza, si consideri

che molte condotte sono suscettibili di integrare gravi irregolarità, trovando fondamento nell'ampia formula dell'art. 2086 c.c. (ma potrebbero già integrare la nozione di inadempimento ai fini della responsabilità di cui all'art. 2392 c.c., o giusta causa di revoca dell'amministratore, ai sensi dell'art. 2383 c.c.).

Tra gli esiti del procedimento di denuncia al tribunale può aversi anche l'adozione di uno degli strumenti di composizione o risoluzione della crisi, ad opera degli stessi amministratori denunciati; di nuovi amministratori nominati dalla società ai sensi dell'art. 2409, terzo comma, c.c.; o anche dell'amministratore giudiziario⁶⁰.

La giurisprudenza già ha avuto modo di pronunciarsi al riguardo.

Fra le altre, il Tribunale di Milano⁶¹, secondo cui gli obblighi previsti dall'art. 2086, comma 2, c.c. individuano profili fondamentali della *governance* delle società, onde la loro violazione è qualificabile come una grave irregolarità nella gestione ai sensi dell'art. 2409 c.c. Qui, il collegio ha accertato che non erano state neppure redatte situazioni patrimoniali di periodo, donde il carattere "approssimativo della gestione", rilevatore dell'assenza di un assetto amministrativo, organizzativo e contabile adeguato.

Al riguardo si è pronunciato anche il Tribunale di Roma⁶², che ha disposto l'ispezione dell'amministrazione della società.

18. Gruppo aziendale e strutture organizzative

La riforma del 2003 ha posto l'accento sulla caratteristica del fenomeno della *direzione unitaria* (d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270), o *direzione e coordinamento* (già negli artt. 61 t.u.b. e 12 t.u.f.).

Le parole sono tratte dal diritto che studia per eccellenza l'organizzazione, il diritto amministrativo. Le due espressioni sono considerate equivalenti e stanno ad indicare l'accento posto non sul mero controllo azionario, ma proprio sul potere di direttiva.

Dunque, la riforma per la prima volta ha ammesso esplicitamente la legittimità delle c.d. direttive di gruppo; non solo, esse sono consentite pure quando, in sé dannose, siano compensate dai vantaggi ricevuti dalla società eterodiretta.

È certamente un privilegio la regola "puoi danneggiare, a condizione che si provveda affinché il danno sia *aliunde* compensato": e questo perché il legislatore ha ritenuto che il divieto "secco" di emanare direttive pregiudizievoli per la singola società potrebbe risultare disfunzionale.

⁶⁰ MIRONE, *op. ult. cit.*

⁶¹ Trib. Milano 18 ottobre 2019, in *Giur. it.*, 2020, 363.

⁶² Trib. Roma, decr. 24 settembre 2020, in *Foro it.*, 2020, I, 3965, il quale cita il precedente del medesimo tribunale in sede contenziosa (Trib. Roma 8 aprile 2020, *id.*, 2020, I, 2171).

L'obbligo di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili è dettato dalla legge per le società giuridicamente autonome, difettando una previsione specifica per il gruppo societario. Peraltro, il controllo di adeguatezza degli assetti organizzativi, avendo il suo naturale punto di riferimento nell'impresa, non può che investire le imprese organizzate in forma di gruppo. Inerente al sistema pare, allora, essere il principio generale, per cui sulla società capogruppo ricade la responsabilità di assicurare, attraverso l'attività di direzione e coordinamento, la "coerenza complessiva dell'assetto di governo del gruppo"⁶³.

Vengono qui in rilievo la struttura stessa del gruppo, con gli intrecci societari e le cariche affidate alla stessa persona; il tema del conflitto di interessi nelle operazioni infragruppo, ivi compresi di finanziamenti tra le diverse società e il c.d. servizio di tesoreria, il che involge l'esigenza di creare apposite procedure; nonché il bilancio consolidato di gruppo, sia nella forma obbligatoria che facoltativa ed interna.

La disciplina specifica del gruppo bancario palesa che qui il diritto positivo opera una scelta a favore di un modello di gruppo accentrato, caratterizzato da un ruolo "forte" della capogruppo, destinata a fungere da cinghia di trasmissione delle direttive dell'autorità di vigilanza⁶⁴.

Aspetto tipico dei gruppi è poi quello della doppia dipendenza gerarchica del *management*, verso la direzione generale della società di appartenenza e verso il vertice della omologa funzione nella capogruppo (ad esempio una direzione commerciale societaria dipenderà dal proprio direttore generale o amministratore delegato, ma riferirà funzionalmente alla direzione commerciale di capogruppo). Si pensi ai gruppi internazionali con società operanti all'estero, dove dovrà tenersi conto di distinti "rischi paese".

Qui, dunque, avrà un tipico campo di profocua applicazione il c.d. regolamento di gruppo. In definitiva, il gruppo esige un "piano strategico di gruppo". Ma proprio per questo, il gruppo, come struttura di coordinamento, consente di assicurare una migliore prevenzione dei rischi di crisi e di insolvenza⁶⁵.

Le società controllate, come possono, ed anzi debbono, disattendere direttive illegittime, così dovranno non eseguire indicazioni che impongano l'adozione di assetti palesemente inadeguati⁶⁶.

⁶³ L'osservazione, già da molto anticipata, è in SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze*, cit.

⁶⁴ SCOGNAMIGLIO, *op. cit.* Per il progetto degli assetti di *corporate governance* nel gruppo, in concreto, BASTIA, RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali*, cit.

⁶⁵ COSÌ BASTIA, RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali*, cit.

⁶⁶ CAGNASSO, *Organizzazione della gestione*, cit., p. 18.

19. La tutela dell'ambiente e gli "assetti adeguati"

Il "fattore rischio" costituito dal cambiamento climatico è un elemento da considerare nella definizione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

Le recenti vicende globali hanno indicato come non eludibile la questione ambientale: le imprese sono sicuramente fra i principali protagonisti di questo cambio di mentalità e di condotte.

Il rischio può riguardare i danni materiali alle infrastrutture di un'impresa o al personale, i cambiamenti tecnologici o delle norme, i rischi di mercato⁶⁷.

Si tratta di una questione globale, per la quale l'armonizzazione deve essere massima.

Infatti, il tema organizzazione d'impresa e protezione dell'ambiente ha animato diverse discipline sovranazionali, tra cui vale ricordare la direttiva n. 2014/95/UE, recepita in Italia con il d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254, entrato in vigore nel gennaio 2017, sulle comunicazioni di informazioni di carattere non finanziario, già menzionate sopra: è vero che tale disciplina riguarda solo la trasparenza, né tutte le imprese, ma solo banche, assicurazioni e società di maggiori dimensioni, ritenute di interesse pubblico rilevante, che sono pari a circa l'1% circa delle imprese italiane. Il decreto prevede, comunque, che anche tutte le altre imprese non sottoposte all'obbligo possano presentare una dichiarazione di carattere non finanziario in forma volontaria.

E l'obbligo di trasparenza necessariamente si riflette sulla configurazione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, che vanno descritti nella relazione in discorso.

Da notare come sia permesso all'impresa – in determinate condizioni – di omettere delle informazioni, nel caso in cui la loro pubblicazione potrebbe comprometterne la posizione commerciale.

Si ricordano ancora le misure contro la plastica monouso (direttiva n. 2019/904/UE, nonché le *Linee guida* della Commissione Europea in data 31 maggio 2021) ed a favore delle energie da fonti rinnovabili (direttiva n. 2018/2001/UE, attuata dal d.lgs. 8 novembre 2001, n. 199).

Infine, la risoluzione del Parlamento europeo del 20 maggio 2021 sulla responsabilità delle imprese per i danni ambientali indica, tra i *considerando*:

- l'esigenza di rendere le imprese europee più sostenibili nel lungo periodo;
- necessariamente ricercare un equilibrio tra preoccupazioni delle imprese e tutela dell'ambiente;

⁶⁷ S. BRUNO, *Cambiamento climatico e organizzazione delle società di capitali a seguito del nuovo testo dell'art. 2086 c.c.*, in *Banca impr. società*, 2020, 47.

- l'impatto dei danni e dei reati ambientali incide negativamente non solo sulla biodiversità e sul clima, ma anche sui diritti umani e sulla salute umana.

Quindi, fra le altre, formula le seguenti *Raccomandazioni*:

10. chiede di rivedere quanto prima la direttiva sulla responsabilità ambientale e di convertirla in un regolamento pienamente armonizzato; sottolinea che le differenze nell'attuazione e nell'applicazione delle norme dell'UE in materia di responsabilità delle imprese per i danni ambientali non creano attualmente parità di condizioni per l'industria dell'UE, il che provoca distorsioni per il corretto funzionamento del mercato interno dell'UE; chiede maggiori sforzi per armonizzare l'attuazione della direttiva sulla responsabilità ambientale negli Stati membri;

20. si compiace dell'adozione della direttiva (UE) 2020/1828;

30. ritiene che misure di prevenzione esaustive ed efficaci e sanzioni penali dissuasive e proporzionate costituiscano importanti deterrenti contro i danni ambientali; si rammarica del basso tasso di individuazione, indagine, perseguimento e condanna per i reati ambientali; ritiene inoltre che, in linea con il principio «chi inquina paga», le imprese dovrebbero farsi carico di tutti i costi derivanti dai danni ambientali di cui sono direttamente responsabili, in modo da incentivarle a internalizzare le esternalità ambientali, evitando di esternalizzare tali costi;

31. sottolinea che i danni ambientali dovrebbero comportare responsabilità amministrative, civili e penali per le imprese responsabili, in linea con il principio del *ne bis in idem*; osserva che tali forme di responsabilità coesistono con altri regimi di responsabilità previsti dal diritto commerciale, come il diritto dei consumatori o il diritto della concorrenza;

39. accoglie con favore l'annuncio della Commissione, in base al quale la sua proposta relativa alla dovuta diligenza e alla responsabilità delle imprese includerà un regime di responsabilità e ritiene che, al fine di consentire alle vittime di avere accesso a un ricorso efficace, le imprese dovrebbero essere ritenute responsabili, in conformità del diritto nazionale, per i danni che le imprese sotto il loro controllo hanno causato o contribuito a causare mediante atti od omissioni, laddove queste ultime abbiano commesso violazioni dei diritti umani o abbiano causato danni all'ambiente, salvo nel caso in cui l'impresa possa dimostrare di aver agito con la dovuta diligenza, in linea con i rispettivi obblighi in materia di dovere di diligenza, e di aver adottato tutte le misure ragionevoli per prevenire tali danni;

40. ritiene che la possibilità di concedere l'esonero della responsabilità basato sul possesso di un'autorizzazione oppure sullo stato delle conoscenze scientifiche in virtù della direttiva sulla responsabilità ambientale debba essere mantenuta esclusivamente nel caso in cui un'impresa sia in grado di dimostrare che non poteva essere a conoscenza dei pericoli derivanti dalla propria attività (inversione dell'onere della prova);

43. chiede alla Commissione di valutare l'introduzione di un sistema di garanzia finanziaria obbligatorio (che disciplini assicurazioni, garanzie bancarie, società affiliate, titoli e obbligazioni o fondi) con una soglia massima per caso, al fine di evitare che i costi derivanti dalla riparazione dei danni ambientali ricadano sui contribuenti;

48. rammenta altresì che non esiste alcuno strumento giuridico dell'UE che preveda la possibilità di perseguire società europee all'estero qualora esse commettano reati ambientali o svolgano attività che causano danni ambientali.

L'istituzione di tali assetti e la valutazione della loro adeguatezza diventa, allora, una componente essenziale dell'impresa societaria *tout court*. Può, cioè, davvero sostenersi che tutte le altre imprese possano ignorare il fattore ambientale, oppure si può rinvenire nel sistema un fondamento giuridico, che le obblighi a considerarlo nella definizione degli assetti organizzativi, amministrativi o contabili e, conseguentemente, a gestirlo? La risposta sembra senz'altro affermativa.

Si pensi, per tutti, all'acqua: così importante nella storia dell'umanità, che il conflitto per attingere nel fiume tra due fondi confinanti ha lasciato traccia nel linguaggio ("rivale", da riva)⁶⁸.

In conclusione: la scienza ha dimostrato che questo rischio è prevedibile, onde va tenuto in considerazione nell'istituzione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e nella valutazione della loro adeguatezza da parte dei consigli di amministrazione di tutte le società e dell'impresa individuale.

VII. Economia aziendale. Ristrutturazione dell'impresa

20. Profili di economia aziendale

Non vi è dubbio che, essendo materia di derivazione aziendalistica, possa esservi una certa ritrosia da parte dei giuristi a misurarvisi. Ma gli assetti organizzativi adeguati configurano un criterio generale di condotta, che riceve specificità proprio grazie alla scienza aziendale, le migliori prassi ed i codici di settore.

Il significato degli "assetto adeguati" viene dagli aziendalisti declinato con riguardo, da un lato, ai profili *strutturali* dell'azienda e, dall'altro lato, alle *procedure interne*.

Tra i primi, essenzialmente: l'assetto della *corporate governance* (modello, composizione degli organi amministrativo e di controllo); la struttura organiz-

⁶⁸ Mi permetto il rinvio a L. NAZZICONE, *L'acqua iemale e il Tribunale superiore delle acque*, in *Riv. dir. priv.*, 2021, 65 ss.

zativa di ruoli e funzioni interne; la struttura organizzativa delle funzioni decentrate; la organizzazione delle relazioni stabili con gli *stakeholders* (*partners*, subfornitori, terzisti, concessionari, licenziatari, ecc.); i processi operativi interni, i regolamenti e le direttive; il modello organizzativo ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001; la funzione contabile; la struttura informatica.

A ciò, la dottrina aziendalistica affianca i minuti *aspetti operativi* di funzionamento degli elementi strutturali: convocazione e funzionamento degli organi di amministrazione e di controllo; sistema dei controlli interni; funzionamento dell'organismo di vigilanza ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001; flussi informativi in linea verticale ed orizzontale; sistema di *reporting* manageriale; sistemi retributivi e sistemi incentivanti; e così via.

La scienza aziendale indica pure che, per le imprese di minore dimensione, potrebbe essere sovradimensionato un assetto così ampiamente descritto, dovendosi bilanciare le esigenze organizzative e i costi correlati.

Naturalmente, gli strumenti aziendali dovrebbero essere idonei a segnalare in anticipo una "crisi".

Sul tema dell'emersione della crisi dell'impresa esistono numerose disposizioni positive: l'art. 2086 c.c. sugli assetti organizzativi; l'art. 2467 c.c. sui finanziamenti anomali nella s.r.l. (richiamato per i gruppi dell'art. 2497-*quinquies* c.c.); l'art. 2 c.c.i.i. sulla "nozione di crisi"; l'art. 13 c.c.i.i. sugli "indicatori di crisi".

Tali nozioni dovrebbero essere intese in senso tendenzialmente coerente, in quanto gli indici suggeriti dalla scienza aziendalistica – allo stato della migliore scienza ed esperienza – sono sempre gli stessi, e valgono per assolvere agli obblighi di cui all'art. 2086 c.c.; individuare i presupposti che rendono un prestito dei soci "anomalo"; scoprire lo "stato di crisi".

Il codice utilizza locuzioni apparentemente simili per concetti diversi⁶⁹:

- gli *indicatori* – e cioè gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale e finanziario – dovrebbero essere i criteri generali apprezzamento del rischio di crisi (art. 13, comma 1, prima parte, c.c.i.i.);
- gli *indici* dovrebbero essere i "rapporti" idonei a consentire una misurazione in termini matematici degli indicatori afferenti agli squilibri, sulla base di ulteriori sotto-criteri, e cioè la sostenibilità dei debiti, le prospettive di continuità aziendale (per l'arco temporale previsto) e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi (art. 13, comma 1, seconda parte, e 13, comma 2, c.c.i.i.);

⁶⁹ Cfr. MIRONE, *op. ult. cit.*

- gli *indizi* della crisi sono quelle circostanze che devono essere segnalate dall'organo di controllo agli amministratori, ai sensi dell'art. 14 c.c.i.i., e l'espressione dovrebbe riferirsi alla valutazione "unitaria" dei vari indicatori ed indici, che induca a ritenere sussistente uno stato di crisi.

La scienza aziendale elenca diversi indici, recepiti nel documento del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, che si possono apprezzare in senso logico come evidenzianti lo stato della impresa⁷⁰, fra cui si ricordano i principali:

- a) il *DSCR (Debt Service Coverage Ratio)* è il criterio legale della non sostenibilità dei debiti per i sei mesi successivi, ovvero l'indice di copertura dei debiti, quale rapporto tra i flussi di cassa liberi, previsti nei sei mesi successivi (al numeratore) disponibili per il rimborso dei debiti (al denominatore) previsti nello stesso arco temporale, ed è uno strumento effettivamente innovativo sul piano della normativa civilistica;
- b) il *patrimonio netto negativo* è invece un indice di allarme già previsto dal codice civile, che conduce ad una causa di scioglimento della società (art. 2484, n. 4, c.c.);
- c) la *continuità aziendale*, affidata alla valutazione tecnica degli organi sociali, può richiamare l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale ai sensi dell'art. 2484, n. 2, c.c.;
- d) gli *inadempimenti* possono già palesare lo stato di insolvenza.

Inoltre, sono diversi gli indicatori della crisi in caso di società in istato di liquidazione.

Uno dei problemi, che il consulente aziendale deve affrontare, concerne la "frequenza adeguata" delle rilevazioni: osservazioni troppo frequenti, specie sulla redditività e sull'assetto organizzativo, potrebbero risultare non utili, accentuando un inopportuno e miope orientamento al breve periodo e al dettaglio organizzativo⁷¹.

21. Profili di ristrutturazione aziendale

Molti gli strumenti presenti nell'ordinamento, non tutte in vigore, atte a risolvere la crisi d'impresa, oltre alle operazioni di ristrutturazione aziendale, come gli interventi sul capitale, le fusioni e scissioni, ecc., già presenti nel codice civile:

⁷⁰ Si rinvia, per dettagli, a F. MANCA, *Assetti adeguati e indicatori di crisi nel nuovo codice della crisi d'impresa: la visione dell'azionalista*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 629; BASTIA, RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali*, cit.; RIVERDITI, *La mancata predisposizione di assetti adeguati e i rimedi giurisdizionali in ambito penalistico*, cit.

⁷¹ BASTIA, RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali*, cit.

le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi (artt. 12 ss. c.c.i.i.); il piano attestato di risanamento (art. 56 ss. c.c.i.i.); gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 57 ss. c.c.i.i.); la convenzione di moratoria (art. 62 c.c.i.i.) e il concordato preventivo (art. 84 ss. c.c.i.i.).

Il recente d.l. 24 agosto 2021 n. 118, *Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia* convertito nella l. 21 ottobre 2021, n. 147, ha disposto il rinvio del codice della crisi e dell'insolvenza, tuttavia anticipandone numerose disposizioni nell'ambito della legge fallimentare, ed ha, inoltre, introdotto alcuni istituti nuovi.

Il d.l. n. 118 ha previsto, oltre al differimento dell'entrata in vigore del c.c.i.i., il nuovo strumento della «*composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*».

Del resto, la nozione unionale di “ristrutturazione” ha la stessa duttilità del diritto interno, restando integrata da un ampio *range* di misure, combinabili tra loro, tali da incidere su struttura e organizzazione dell'impresa, eventualmente con ricorso a operazioni straordinarie.

Si rimanda, al riguardo, al contributo apposito (cap. XV).

PARTE PRIMA

GENESI E STORIA DELL'ART. 2086 c.c.

Gli assetti organizzativi dell'impresa ed i doveri degli amministratori di società delineati dal novellato art. 2086, comma 2, c.c.

SOMMARIO: 1. L'origine del nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c. – 2. Il dovere di istituire adeguati assetti organizzativi. – 3. Il dovere di attivarsi senza indugio per utilizzare gli strumenti che l'ordinamento pone a disposizione per superare la crisi e per il recupero della continuità aziendale.

1. L'origine del nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c.

Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (in prosieguo c.c.i.i.), emanato con il d.lgs n. 14 del 2019, in attuazione della legge di delega n. 155 del 2017, oltre a ridisegnare organicamente i principali aspetti del diritto concorsuale, ha modificato ed integrato anche alcune disposizioni del codice civile e, tra queste, l'art. 2086. L'entrata in vigore della riforma del diritto concorsuale, come ben noto, è stata lungamente differita, dapprima per la necessità di facilitarne l'assimilazione da parte degli operatori e per consentire l'approntamento di alcune nuove strutture (in particolare gli Organismi di composizione della crisi, da istituire nelle Camere di commercio), poi a causa della sopravvenuta pandemia da Covid-19 e degli effetti che ne sono derivati sull'intera economia nazionale. Tuttavia, quindi, il c.c.i.i. non è ancora operativo ed è verosimile che subirà in futuro alcune non marginali modifiche, in qualche misura preannunciate dal recente d.l. n. 118 del 2021, convertito con la legge n. 147 del 21 ottobre 2021. Sono però entrate subito in vigore le modifiche e le integrazioni apportate agli articoli del codice civile, cui prima s'è fatto cenno, con gli ulteriori ritocchi operati poi dal decreto correttivo n. 147 del 26 ottobre 2020.

L'art. 2086 è collocato in un capo del codice civile riguardante l'impresa in generale, ma il secondo comma ora aggiuntovi fa unicamente riferimento alle imprese operanti in forma societaria o collettiva. Questa limitazione è forse opinabile, ma quel che conta in questa sede sottolineare è che le disposizioni di cui si tratta certamente riguardano ogni tipo di società costituita per l'esercizio di un'impresa.

Quell'articolo ha dunque ora un nuovo titolo ed un nuovo secondo comma. È su queste novità che conviene spendere qualche breve considerazione.

Nel titolo precedente, “Direzione e gerarchia dell’impresa”, si avvertiva lo spirito dell’epoca in cui il codice civile del 1942 fu emanato, che risuona ancora nell’invariato primo comma, nel quale si ribadisce la struttura gerarchica dell’impresa al cui vertice l’imprenditore è il capo. Il nuovo titolo – “Gestione dell’impresa” – mette invece da parte la gerarchia, sembra voler abbandonare le suggestioni del *Führerprinzip* e pone l’accento sugli aspetti funzionali dell’impresa (collettiva) e sugli obblighi cui è soggetto chi l’amministra. È rimasto invariato il primo comma, che appartiene ancora al passato, ma il nuovo secondo comma è radicato nel presente e segnala la prospettiva verso la quale verosimilmente si svilupperà in futuro molta parte della tematica della responsabilità degli amministratori di società¹. Ovviamente ne vengono di riflesso interessati anche doveri e responsabilità di chi sulla corretta amministrazione dell’impresa è chiamato a vigilare, a cominciare dai sindaci².

Il dovere posto a carico degli amministratori di società dal secondo comma del citato art. 2086 è duplice: essi debbono anzitutto istituire adeguati assetti organizzativi, anche (ma non solo) in funzione della rilevazione tempestiva di eventuali sintomi di crisi e della perdita di continuità aziendale; in secondo luogo (e conseguentemente) debbono attivarsi senza indugio per utilizzare gli strumenti che l’ordinamento pone a loro disposizione per superare la crisi, se questa si è manifestata, e per il recupero della continuità aziendale. V’è dunque prima un dovere di prevenire, organizzando l’impresa in modo che ciò sia possibile, e poi un dovere di reagire con prontezza.

Come s’è già ricordato, le modifiche apportate al citato art. 2086 hanno origine nella progettata riforma organica del diritto concorsuale e sono state perciò concepite nel contesto di quella riforma ed, in qualche misura, in funzione di essa. V’è un legame evidente tra il duplice dovere degli amministratori enunciato dal secondo comma dell’art. 2086 c.c. e gli strumenti di allerta e composizione assistita della crisi che il c.c.i.i. ha inteso mettere in campo appunto per favorire una precoce emersione dei sintomi di crisi dell’impresa e per riuscire, attraverso il ricorso a rimedi tempestivi, ad evitare che la crisi degeneri in vera e propria insolvenza. Ciò al fine di favorire il più possibile soluzioni negoziate di ristrutturazione.

¹ Sull’ideologia illiberale sottesa all’originaria formulazione del titolo dell’art. 2086 c.c., si veda M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell’impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, pagg. 253 e ss., a parere del quale il primo comma di tale articolo, nel nuovo contesto storico dell’Italia repubblicana, sarebbe ormai privo di qualsiasi valore; il nuovo titolo, riferito alla gestione dell’impresa, sarebbe invece viziato da un eccesso di ambizione.

² Sui doveri dei sindaci, quando si manifesti una crisi d’impresa, si veda la recente monografia di R. RUSSO, *Collegio sindacale e impresa in crisi*, Milano, 2021.

razione aziendale, così da dover ricorrere a procedure liquidatorie solo quanto non si possa davvero fare altrimenti. È un legame reso ulteriormente esplicito dall'espreso richiamo che proprio al citato art. 2086 opera il secondo comma dell'art. 3 del c.c.i.i. enunciando, nell'ambito dei principî generali, i doveri ai quali il debitore, ed in specie l'imprenditore collettivo, deve sottostare³.

Perciò, il fatto che il c.c.i.i. nella sua interezza ed, in particolare, le anzidette procedure di allerta e composizione assistita non siano ancora entrati in vigore, a differenza del novellato art. 2086 c.c., potrebbe ingenerare il dubbio che il sistema così delineato sia rimasto, in certo qual senso, zoppo: che, cioè, le nuove previsioni inserite nel codice civile, pur se in vigore, possano risultare in qualche misura depotenziate non trovando ancora nei predetti istituti del codice della crisi la loro naturale sponda.

Credo però che una siffatta preoccupazione possa essere, se non del tutto almeno in larga misura, fugata. Se è vero che l'adempimento del dovere di istituire adeguati assetti organizzativi dell'impresa costituisce una condizione perché possa ben funzionare il sistema di allerta interna (basata sull'iniziativa degli stessi organi della società) e che il rispetto dell'obbligo di tempestiva reazione ai primi sintomi della crisi è del pari essenziale perché possano avere successo i tentativi di composizione assistita, è altrettanto vero che entrambi tali doveri conservano piena valenza ed attualità anche indipendentemente dai menzionati istituti dell'allerta e della composizione assistita della crisi. Si è già notato, anzitutto, che, nel formulare il dovere di istituzione di assetti adeguati, il legislatore ha sì indicato che ciò è finalizzato alla rilevazione tempestiva dei sintomi di crisi, ma opportunamente ha fatto precedere tale indicazione dall'avverbio "anche", a chiara dimostrazione del fatto che l'adeguatezza degli assetti organizzativi risponde ad un'esigenza di ordine più ampio ed investe il modo stesso di fare impresa, anche a prescindere dall'eventualità di una crisi. Si manifesta qui con chiarezza l'intento del legislatore di promuovere una cultura imprenditoriale più seria e matura, che non si affidi all'arte di arrangiarsi vivendo alla giornata e sperando nella buona stella, ma esprima quella capacità di programmazione e di prevenzione dei rischi senza la quale molta parte del tessuto imprenditoriale della nostra economia resta inevitabilmente fragile e precario. È poi comunque ben evidente che tanto l'esigenza di organizzare adeguatamente l'impresa e di riuscire a cogliere eventuali sintomi di crisi al loro primo manifestarsi quanto quella di farvi fronte immediatamente per accrescere le probabilità di recupero sussistono da sempre,

³ Mi sia consentito, per brevità, rinviare in proposito al mio scritto *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell'ambito dei principi generali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2021, 589 ss.

ben prima di quando il legislatore della riforma del diritto concorsuale ha ideato gli specifici istituti dell'allerta e della composizione assistita; e d'altronde la stessa allerta non è stata prevista per la totalità delle imprese operanti in forma societaria (si veda l'art. 12, commi 4 e 5, c.c.i.i.), le quali sono invece tutte tenute al rispetto del secondo comma dell'art. 2086 c.c.

Val la pena poi ancora di notare che il recente, già citato, d.l. n. 118 del 2021 ha introdotto una nuova figura, la negoziazione assistita della crisi (artt. 2 e segg.), che per certi versi può dirsi sostitutiva della composizione assistita prevista dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; ed ha inoltre configurato una sorta di allerta (interna) minore, che si sostanzia nella segnalazione agli amministratori, da parte degli organi di controllo societari, dell'esistenza delle condizioni di squilibrio patrimoniale, economico o finanziario che rendono possibile l'istanza di composizione negoziata della crisi (art. 15). Benché non sia stata questa volta operato alcun esplicito richiamo ai doveri di cui all'art. 2086 c.c., è intuitivo che il rispetto di quei doveri è strumentale tanto al corretto adempimento dell'obbligo di segnalazione gravante sui sindaci, che presuppone un'organizzazione aziendale idonea a far loro percepire per tempo gli squilibri economici, patrimoniali o finanziari di cui s'è detto, quanto all'utilità del ricorso allo strumento della composizione negoziata, la cui efficacia largamente dipenderà dalla tempestività con la quale gli amministratori della società in crisi vi ricorreranno.

Ma veniamo ora ad esaminare un po' più da presso il duplice dovere introdotto a carico degli amministratori di società dal secondo comma dell'articolo in questione.

2. Il dovere di istituire adeguati assetti organizzativi

Sul tema degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili molto già è stato scritto e detto sin da quando han preso corpo le modifiche apportate in argomento dal codice civile⁴. Mi limiterò perciò a pochi cenni.

⁴ Senza alcuna pretesa di completezza ed a mero titolo di esempio, accanto alla monografia di M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, si vedano gli scritti più recenti di P. MONTALENTI, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Crisi d'impresa, prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, a cura di P. Montalenti e M. Notari, Milano, 2021, 13 ss.; V. CALANDREA BUONAURO, *Corretta organizzazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 439 ss.; S. FORTUNATO, *Codice della crisi e codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, 952 ss.; E. TERRIZZI, *Adeguatezza degli assetti organizzativi per la gestione della crisi d'impresa*, in *Società*, 2019, 280 ss.; V. DE SENZI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc.*, 2017, 311 ss.

Quando fu emanato il codice civile, nel lontano 1942, non era ancora invalso l'uso di premettere una serie di definizioni volte a dare un significato giuridico alle espressioni verbali contenute nel prosieguo del medesimo codice, allo scopo di vincolare l'interprete a quel significato⁵, come è oggi divenuto invece assai frequente nei testi normativi più complessi. Ciò non toglie che nel corpo del codice civile alcune definizioni le si rinvenivano. Così è per l'azienda, di cui l'art. 2555 fornisce la nozione definendola come "il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa"; e così è anche per lo stesso imprenditore, che l'art. 2082 qualifica come colui che "esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi". Una definizione diretta di impresa non c'è, benché ad essa il codice faccia ripetutamente riferimento. Non è difficile però desumerla indirettamente da quella di imprenditore che si è appena riportata⁶: l'impresa è l'attività economica organizzata esercitata professionalmente per le finalità di produzione o scambio di beni o servizi. Da ciò la tradizionale individuazione tra i connotati caratteristici dell'impresa, accanto allo scopo economico cui l'attività è diretta ed alla professionalità di chi la esercita, dell'organizzazione dei mezzi mediante i quali quell'attività si svolge. Elemento, questo, su cui soprattutto si fonda la differenza ancora ben radicata nell'ordinamento nazionale tra attività d'impresa e prestazione d'opera professionale.

Non so se possa davvero sostenersi che, all'origine della codificazione, l'impresa costituisca un *rechtsleerer Raum*, uno spazio vuoto di diritto⁷. Quel che mi pare evidente è però che, a parte la già accennata possibilità di ricavare dalla definizione dell'imprenditore una nozione dell'impresa in cui è ben presente l'elemento organizzativo, il legislatore del 1942 non aveva inteso occuparsi del modo in cui l'imprenditore debba effettivamente organizzare i mezzi e le risorse di cui dispone. Tra la fine del secolo scorso ed i primi decenni di questo le cose sono però radicalmente cambiate e si sono moltiplicati gli interventi legislativi focalizzati proprio sull'organizzazione dell'impresa: dalla normativa bancaria a quella del testo unico della finanza⁸, dalla previsione dei modelli organizzativi e

⁵ Cfr. in argomento P. GAGGERO, *A proposito di definizioni legislative*, in *Nuova giur. civ.*, 2002, II, 759 ss.

⁶ G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Studi giuridici*, I, Padova, 1992, 242.

⁷ Si veda, in argomento, F. GALGANO, *Le teorie dell'impresa*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, III, *L'impresa*, Padova 1979, 4 ss.

⁸ Sugli assetti organizzativi delle imprese d'investimento si veda M. DE MARI, *Diritto delle imprese e dei servizi d'investimento*, Milano, 2018, 44 ss.; su quelli delle banche, A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1165 ss.

gestionali volti a prevenire la consumazione di reati, previsti dal d.lgs. n. 231 del 2001⁹, al testo unico delle società pubbliche¹⁰, e così via. Il proliferare dei riferimenti ai profili organizzativi dell'impresa ha contribuito a fare assumere anche a tali profili una precisa valenza giuridica. Nel corpo stesso codice civile la nozione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili dell'impresa ha fatto il suo ingresso sin dalla riforma societaria del 2003, sia pure solo in disposizioni riguardanti le società azionarie, ma l'opinione di molti era già che il dovere di istituzione di tali assetti avesse una portata più generale e fosse quindi applicabile ad ogni tipo di società, proprio come oggi prescrive il secondo comma del novellato art. 2086, cui fanno rispettivamente da corona, in tema di società personali e di società a responsabilità limitata, le corrispondenti previsioni degli artt. 2257 e 2475 c.c.¹¹.

Al qual proposito è opportuno peraltro ricordare che, a seguito del già citato decreto correttivo n. 147 del 2020, si è chiarito come nelle due tipologie societarie da ultimo menzionate compete agli amministratori il dovere di istituire assetti adeguati, senza che per questo sia loro esclusivamente riservata anche ogni altra competenza gestoria. Il che evidenzia la necessità di distinguere concettualmente la nozione di organizzazione dell'impresa, che essenzialmente attiene alla sua nervatura interna, alla definizione dei ruoli ed al modo in cui si rapportano ed informano reciprocamente coloro che vi operano, nonché alle modalità con le quali le relative attività vengono registrate e contabilizzate, dalla vera e propria gestione, che invece si riferisce alle attività attraverso cui l'impresa opera sul mercato per realizzare le proprie finalità, quali enunciate nell'oggetto sociale¹².

Va sottolineato altresì che ora anche nelle società a responsabilità limitata amministrate collegialmente, stante il rinvio all'art. 2381 (in quanto compatibile) operato dall'ultimo comma dell'art. 2475 c.c., il dovere di prendersi cura dell'a-

⁹ Cfr. in proposito C. ZANICHELLI, L. MULAZZI, *Assetti organizzativi: profili di attinenza tra il modello 231 e il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Resp. amm. società e enti*, 2019, 177 ss.

¹⁰ Cfr. M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 5 ss.; e G. D'ATTORRE, *La governance delle società pubbliche*, *ivi*, 2020, I, 262 ss.

¹¹ N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa*, cit., pag. 394, vi scorgono un percorso normativo che ha "progressivamente consacrato la regola di adeguatezza degli assetti organizzativi come principio di corretta gestione imprenditoriale, in quanto tale destinata a valere in tutte le realtà imprenditoriali in forma collettiva o societaria".

¹² Sulla pur tuttavia non sempre del tutto agevole distinzione tra competenze gestorie e competenze organizzative dell'impresa societaria si vedano le considerazioni di R. SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di "ingerenza gestoria" dei soci*, in *Riv. soc.*, 2020, 1460 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti di dottrina in argomento.

deguatezza degli assetti grava in prima battuta sugli organi delegati (se istituiti), fermi ovviamente restando sia il dovere degli altri amministratori di valutare come ciò avvenga sia quello degli organi di controllo (se sussistenti) di vigilare.

La codificazione esplicita del dovere degli amministratori di istituire adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili per ogni tipo di società fuga ogni dubbio sulla rilevanza giuridica di siffatta regola, che altrimenti potrebbe ritenersi confinata nell'ambito delle regole tecniche elaborate dalla scienza aziendalistica. Donde l'ineludibile conseguenza che l'eventuale violazione di questo dovere, come di qualsiasi altro obbligo previsto dalla legge o dallo statuto, espone gli amministratori al rischio di azioni di responsabilità promosse nei loro confronti sia da parte della società sia da parte dei creditori sociali (o, più frequentemente, da parte del curatore in caso di fallimento della medesima società), sempre che ovviamente ne sia derivato un danno.

Si discute molto se anche per questa specifica ipotesi di responsabilità sia o meno invocabile il limite della cosiddetta *business judgment rule*, che secondo alcuni potrebbe riguardare solo le responsabilità propriamente gestorie e non anche quelle organizzative¹³. Ho però l'impressione che non sia questa una questione davvero risolutiva. Quel che conta davvero è che, anche quando si tratti di ravvisare una qualche responsabilità degli amministratori di società per non essersi fatti carico dell'adeguatezza organizzativa dell'impresa, occorre tener conto dell'inevitabile margine di discrezionalità che neppure in questo campo può essere negato. La scienza aziendalistica è certamente in grado di fornire utili parametri di valutazione in proposito, che possono agevolare la verifica della correttezza dell'operato degli amministratori, come pure possono agevolarla i modelli elaborati da associazioni d'impresе, ma resta il fatto che l'organizzazione è pur sempre un abito da cucire su misura per ogni singola realtà imprenditoriale e che, sia pure nel quadro di principî generali noti e condivisi, vi sono comunque diversi possibili modi per organizzare adeguatamente un'impresa.

¹³ Si vedano per tutti, in argomento, M. IRRERA, *Adeguatezza degli assetti organizzativi tra correttezza e business judgment rule*, in *Crisi d'impresa, prevenzione e gestione dei rischi*, cit., 81 ss.; ed A. BARTANENA, *Assetti organizzativi e business judgment rule*, in *Società*, 2020, 1346 ss.; nonché, anche con spunti di diritto comparato, gli scritti di V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 69 ss.; e L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413 ss. Sui limiti di discrezionalità degli amministratori nell'organizzazione dell'impresa e sull'interferenza anche per questo aspetto della *business judgment rule* si vedano altresì le puntuali osservazioni di N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 395 ss.

La nozione di adeguatezza, d'altro canto, è per sua stessa natura relativa, ed infatti il legislatore esplicitamente la riferisce “alle dimensioni ed alla natura dell'impresa”, di talché qualsiasi valutazione voglia farsi in proposito – ed è superfluo aggiungere che deve trattarsi sempre di valutazioni da farsi *ex ante* – è essenziale attenersi ad un criterio di proporzionalità e ragionevolezza. Donde l'importanza che chi quel tipo di valutazione è chiamato ad operare, *in primis* il giudice, abbia una professionalità idonea a farlo e sappia opportunamente coniugare le competenze giuridiche con un minimo indispensabile di cognizioni di economia aziendale¹⁴.

3. Il dovere di attivarsi senza indugio per utilizzare gli strumenti che l'ordinamento pone a disposizione per superare la crisi e per il recupero della continuità aziendale

Ora conviene però fermare l'attenzione sull'altro dovere enunciato dal secondo comma dell'art. 2086: quello di reagire tempestivamente al primo apparire dei sintomi della crisi.

Si tratta di un dovere di ordine generale, riguardante qualsivoglia impresa (collettiva), e che anche nelle amministrazioni pluripersonali non può non investire l'organo amministrativo nel suo complesso, giacché involge la sopravvivenza stessa della società. Se vi sono amministratori delegati, essi dovranno quindi immediatamente investire della questione il consiglio di amministrazione e riferire del proprio operato ai componenti dell'organo collegiale, i quali sono a loro volta tenuti a rispettare l'obbligo di agire informati *ex art.* 2381, ultimo comma, c.c.

Anche il secondo comma dell'art. 2086 è legato da un evidente nesso sistematico con il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ed in particolare con i principî generali espressi nell'art. 3 di quel codice, ove infatti, come già sottolineato, si richiama espressamente il citato 2086 c.c. ed inoltre si parla del dovere della “assunzione di idonee iniziative” per far fronte alla crisi incipiente.

Particolarmente evidente è di nuovo il legame logico con gli istituti dell'allerta e della composizione assistita della crisi di cui agli artt. 12 e seg. c.c.i.i. Tuttavia, non diversamente da quanto già s'è visto a proposito del dovere di istituire adeguati assetti organizzativi dell'impresa, pure il dovere di attivarsi per l'adozione di strumenti idonei a fronteggiare la crisi ha una portata più ampia:

¹⁴ Sull'annoso tema della specializzazione del giudice in materia commerciale e sulla mancata attuazione nel c.c.i.i. di un principio di delega al riguardo enunciato dalla legge n. 155 del 2017 si veda, in particolare, C. VIAZZI, *Codice della crisi dell'impresa e specializzazione del giudice concorsuale: un'occasione mancata*, in *www.Questione giustizia, Trimestrale* 2019/2, 321 ss.

vincola anche gli amministratori di società non assoggettabili alle procedure di allerta ed è sin d'ora vigente, benché il codice della crisi ancora non lo sia. Lungi dall'essere circoscritto ai soli istituti ipotizzati dal c.c.i.i., non ancora operativi, quel dovere abbraccia ogni possibile strumento offerto dall'ordinamento in vista di quello scopo. Non solo, dunque, i già collaudati istituti previsti dalla legge fallimentare e dalla normativa applicabile alle grandi imprese, ma altresì la nuova figura della negoziazione assistita di recente introdotta dal d.l. n. 118 del 2021, cui già si è fatto cenno¹⁵, e più in generale ogni iniziativa anche atipica che possa rivelarsi utile per il superamento della crisi e l'auspicato recupero della continuità aziendale.

A ben guardare, d'altronde, il dovere degli amministratori di attivarsi nei modi più opportuni per fronteggiare sintomi di crisi che potrebbero preludere ad una vera e propria insolvenza è da sempre implicito nel loro più generale dovere di gestire diligentemente l'impresa e di fare quanto occorre per conseguire l'oggetto sociale. Il novello secondo comma dell'art. 2086 lo specifica però meglio e segnala che devono farlo "senza indugio", pur non fornendo alcuna altra indicazione circa il modo in cui gli amministratori devono attivarsi. La formula "senza indugio" è adoperata altre volte nel codice civile (per esempio dall'art. 2446 per la convocazione dell'assemblea in caso di perdite di oltre un terzo del capitale sociale) e comporta evidentemente un certo margine di elasticità. Pur non costituendo un parametro rigido, tuttavia, credo che si possa fare riferimento ai criteri indicati dall'art. 24 c.c.i.i. per la concessione di misure premiali a chi faccia tempestivamente ricorso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Il differimento dell'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza non toglie che le disposizioni ivi contenute, in quanto frutto di un procedimento di produzione normativa giunto regolarmente a conclusione, già esprimano una *voluntas legis* della quale si può e si deve tenere conto in un'ottica di interpretazione sistematica dell'ordinamento. Si dovrebbe perciò quanto meno poter escludere che all'amministratore il quale abbia assunto iniziative entro i termini temporali che il citato art. 24 c.c.i.i. considera tempestivi possa essere addebitato di non aver rispettato l'obbligo di reagire "senza indugio" ai sintomi della crisi. Il rispetto di quei termini, benché non possa ancora essere invocato al fine di beneficiare di misure premiali, appare comunque incompatibile con un eventuale addebito di tardività nella reazione ai sintomi di crisi.

Un grado di elasticità ancor maggiore si deve riconoscere quanto alla scelta dei rimedi idonei a favorire il superamento della crisi ed il recupero della con-

¹⁵ Vedi, in argomento, I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *www.diritto della crisi*, 2021.

tinuità aziendale. Anzitutto mi pare debba escludersi che la norma possa essere intesa come implicante un obbligo degli amministratori di perseguire ad ogni costo la continuità aziendale, pur quando le condizioni economico-patrimoniali dell'impresa e la situazione del mercato non lo giustifichino, onde si renda opportuno convocare l'assemblea per proporre lo scioglimento e la liquidazione volontaria della società. Anche se però l'amministratore preferisca optare per un tentativo di salvataggio, gli è data ampia scelta tra i diversi possibili strumenti a tal fine utilizzabili. Sempre che tale scelta non sia manifestamente inadeguata e non appaia del tutto irragionevole, come potrebbe dedursi, ad esempio, dal suo essersi risolta nella proposizione di istanze o di ricorsi *ictu oculi* inammissibili, l'infelice esito del tentativo di tener viva l'impresa non può certo di per sé solo essere fonte di responsabilità per l'amministratore che abbia intrapreso senza successo una delle possibili strade per giungere alla composizione della crisi.

Non va poi trascurato, sullo sfondo, il disposto dell'art. 217, comma 1, nn. 3 e 4, l.f. (norme trasfuse nell'art. 323, comma 1, lett. c e d, c.c.i.i.), che segna il confine della discrezionalità degli amministratori in materia, punendo a titolo di bancarotta semplice le operazioni gravemente imprudenti poste in essere per ritardare il fallimento (o liquidazione giudiziale) e quelle che abbiano provocato l'aggravamento del dissesto derivante dal non aver richiesto il proprio fallimento o da altra colpa grave (disposizioni applicabili agli amministratori di società *ex* art. 224 l.f., ora trasfuso nell'art. 330 c.c.i.i.).

Il legislatore (quello nazionale al pari di quello europeo) indubbiamente intende favorire sbocchi positivi della crisi d'impresa, tali da consentire il mantenimento in attività dell'azienda anche con riflessi positivi sull'occupazione, ma non giustifica tentativi di salvataggio azzardati che possono produrre più danni che benefici. Gli amministratori debbono perciò saper valutare con la diligenza richiesta dall'adempimento del loro incarico fino a qual punto si spinga il dovere di adoperarsi per il recupero della continuità aziendale di un'impresa in crisi e dove, invece, scatti il loro obbligo di non aggravare il dissesto ritardando senza ragione la liquidazione giudiziale.

Genesi e fondamento dell'art. 2086, comma 2, c.c.

SOMMARIO: 1. Gli esordi della disposizione, dalla sua prima versione a quella attuale. – 2. Un pregiudizio da sfatare: l'obbligo di adeguatezza organizzativa come inutile fardello sulle spalle dell'imprenditore. – 3. Adeguatezza organizzativa e "procedimentalizzazione" dell'attività d'impresa. – 4. Adeguatezza organizzativa e interessi dei terzi.

1. Gli esordi della disposizione, dalla sua prima versione a quella attuale

L'argomento che è stato assegnato al mio intervento è del tutto adatto ad introdurre i partecipanti a questo Corso all'ampia tematica concernente la disciplina delle crisi d'impresa e le sue recenti trasformazioni.

La riflessione che, nell'ambito della commissione ministeriale istituita dall'allora Ministro Orlando nel 2017 con l'incarico di elaborare i criteri della delega legislativa per una revisione organica del diritto della crisi e dell'insolvenza ed affidata alla guida del pres. Rordorf, ha condotto ad intervenire sul disposto dell'art. 2086 c.c., inserendovi un secondo comma, è la seguente.

Sulla premessa che il principio di adeguatezza organizzativa individua e definisce, almeno a partire dalla riforma organica del diritto societario introdotta con il d.lgs. n. 6 del 2003, uno dei doveri che incombono all'organo a cui è affidata la gestione dell'impresa¹, è sembrato opportuno cogliere l'occasione della revisione e risistemazione della disciplina della crisi e dell'insolvenza per precisare ulteriormente il contenuto di detto dovere, collegando la regola dell'adeguatezza degli assetti altresì all'esigenza della rilevazione (quanto più possibile) tempestiva di sintomi o indizi della crisi: esigenza che la riforma della legislazione concorsuale mirava a soddisfare forse prima di ogni altra, in ragione dell'ormai acquisito convincimento che l'intervento tempestivo o addirittura precoce consente

¹ Giova osservare il mutamento intervenuto altresì nella rubrica dell'art. 2086 c.c., che – coerentemente con quanto si viene osservando nel testo – fa ora riferimento alla "gestione dell'impresa".

di alleviare i costi e di arginare gli effetti della crisi, ed in ossequio, comunque, alle indicazioni al riguardo provenienti dal diritto dell'UE².

Una volta condivisa questa riflessione all'interno della Commissione ministeriale, è sembrato – anche a chi scrive – opportuno inserire la regola onde è imposto il dovere di adeguatezza organizzativa, nella sua nuova declinazione, inclusiva del dovere di rilevazione tempestiva della crisi in una disposizione generale sull'impresa, sul presupposto che l'ambito di applicazione di detta regola si estende a tutte le forme di esercizio dell'impresa: questa disposizione è stata individuata nell'art. 2086 c.c., che fino a quel momento era rubricato “direzione e gerarchia dell'impresa” ed esauriva il suo contenuto precettivo nell'affermazione che l'imprenditore è il capo dell'impresa e che da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori; affermazione da taluni considerata alla stregua di una mera ed obsoleta reminiscenza dell'autoritarismo corporativo del regime fascista vigente all'epoca in cui il codice civile venne emanato, sostanzialmente svuotata di ogni significato dal sopravvenire di un contesto politico e sociale radicalmente diverso, il che spiega certi commenti negativi, a volte anche sferzanti, sulla scelta legislativa di utilizzare proprio l'art. 2086 come alveo in cui versare il nuovo principio generale di “gestione” dell'impresa.

In ogni caso, la decisione di introdurre un nuovo secondo comma nell'art. 2086 c.c., con il contenuto di cui si è detto, si è accompagnata con l'ulteriore scelta di riprodurre l'enunciazione della medesima regola³ con riferimento alle singole forme di esercizio dell'impresa, e specificamente con riferimento a tutti i tipi di società conosciuti dal nostro ordinamento: ne è risultata una certa – esteticamente non gradevole – pesantezza espositiva, che comunque rende bene l'importanza ed il rilievo sistematico che si è inteso attribuire alla nuova declinazione (“allargata” alla rilevazione tempestiva della crisi) del dovere (e del principio) dell'adeguatezza organizzativa.

Per chi avesse ancora poca dimestichezza con la disposizione in esame, vigente nel nostro ordinamento già dal 2019 nonostante i rinvii, ormai plurimi, impressi all'entrata in vigore del codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa

² Mi riferisco in particolare alla nota Raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014, che già nel titolo fa riferimento, significativamente, ad un “nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza.

³ Cfr. artt. 2257, comma 1, 2380-bis, comma 1, 2475, comma 1: in realtà, le disposizioni testé richiamate non hanno un contenuto perfettamente coincidente con quello dell'art. 2086, comma 2, in quanto introducono la regola ulteriore e discutibile nella sua assolutezza – estranea, tuttavia, all'ambito del presente intervento – secondo la quale nelle società di persone, per azioni o a r.l. l'istituzione degli assetti organizzativi di cui all'art. 2086 è di esclusiva competenza degli amministratori.

(d.lgs. n. 14 del 2019, nel prosieguo c.c.i.i.) in cui essa era contenuta, conviene spendere qualche considerazione sul suo ambito soggettivo di applicazione.

La formulazione attuale dell'articolo è, in realtà, diversa dal testo, come era stato originariamente concepito: la modifica, la cui paternità non è agevolmente identificabile, è consistita nel limitare alle imprese collettive l'applicazione del principio di adeguatezza organizzativa.

Testualmente, l'attuale disposizione recita, com'è noto, al comma 2: «*L'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva* ha il dovere di istituire (...)».

Personalmente non ho condiviso questo intervento sul testo originario, anche se non ho potuto far nulla, a suo tempo, per contrastarlo, anche perché – purtroppo – mancò all'epoca il tempo per la rilettura sistematica del testo normativo e la sua discussione in sede collegiale, mentre la lavorazione successiva alla chiusura anticipata dei lavori della Commissione Rordorf non ha visto alcuna partecipazione né dei componenti, né del presidente di detta Commissione.

Quando constatai che il testo finale della disposizione era diverso, *in parte qua*, da quello originariamente concepito, in vero, ne rimasi un po' perplessa, ma ormai il decreto legislativo era stato pubblicato nella G.U. e, rispetto a talune delle sue disposizioni (tra le quali quella in esame), già entrato in vigore. Vale forse la pena ricordare che l'elaborazione dello schema di decreto delegato fu un processo (troppo) breve ed al tempo stesso alquanto travagliato⁴: si può ben dire che la consegna della bozza all'allora Ministro della Giustizia, ai primi di dicembre del 2017, avvenne sulla base di una sorta di parto prematuro, anticipato di almeno due settimane rispetto alla scadenza previamente concordata; successivamente, dopo le elezioni politiche de marzo 2018, cambiò il Governo, mutò la persona del Ministro, lo schema di decreto delegato subì una ulteriore lavorazione, ma ormai del tutto al di fuori della Commissione Rordorf. Quindi, non so bene a che punto di questo *iter* intervenne la correzione sul disposto dell'art. 2086, comma 2.

Quel che è storicamente certo è che, nella originaria impostazione, l'ambito applicativo della norma coincideva con la fattispecie dell'impresa⁵: del resto, ove

⁴ Ho avuto occasione di descriverlo brevemente, anche perché rimanga nella memoria di tutti noi come esempio di procedimento legislativo eccessivamente condizionato dai tempi della politica e compresso a tal punto da rendere praticamente impossibile quel dibattito pubblico che dovrebbe sempre accompagnare le riforme, o almeno le più importanti, in G. SCOGNAMIGLIO, *La crisi e l'insolvenza dei gruppi di società: prime considerazioni critiche sulla nuova disciplina*, in *Rivista ODC*, 2019, n. 3, 669 ss., nota 7.

⁵ La limitazione dell'ambito di operatività del principio al solo insieme delle imprese imputate ad un soggetto collettivo, o al sottoinsieme delle imprese imputate ad un ente societario, non era stata neppure presa in considerazione dagli originari estensori della nuova disposizione.

non fosse stato così, non avrebbe avuto senso la sua collocazione nell'art. 2086: l'idea era proprio quella di farne un principio generale del diritto dell'impresa.

La discussione, si deve per altro riconoscere, ha una rilevanza pratica alquanto limitata. Infatti, a voler assecondare l'attuale tenore testuale della disposizione, rimarrebbe estraneo al suo perimetro applicativo l'imprenditore individuale (una fattispecie, quindi, del tutto marginale, dal punto di vista quantitativo, nell'attuale contesto economico-sociale), nonché, forse, l'impresa esercitata da una fondazione (in quanto sfugge, verosimilmente, alla qualificazione in termini in impresa "in forma collettiva" di cui all'art. 2086, comma 2).

Inoltre, è proprio sicuro che un obbligo di adeguatezza organizzativa facente capo altresì all'imprenditore individuale non sia desumibile da altre norme, diverse dall'attuale art. 2086, comma 2?

Mi riferisco, in particolare, al disposto dell'art. 3 c.c.i.i., rubricato "*Doveri del debitore*", dove si sancisce l'obbligo dell'imprenditore individuale di adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e ad assumere senza indugio le iniziative necessarie, mentre nel comma successivo si parla dell'imprenditore collettivo, cui si impone l'obbligo di adottare un assetto organizzativo adeguato.

Qualcuno ha ritenuto che ciò confermerebbe che l'imprenditore individuale non sia tenuto ad adottare un assetto organizzativo adeguato (bensì soltanto ad attrezzarsi in funzione della rilevazione tempestiva di eventuali sintomi di crisi); altri, invece, hanno sottolineato la distinzione tra la parola "misure" e la parola "assetto organizzativo", affermando che la prima evocerebbe un'azione meno intensa, la quale si addice ad un imprenditore di minori dimensioni, mentre laddove si tratti di un'impresa più complessa – in quanto collettiva – sarebbe richiesta un'azione più incisiva, alla quale sarebbe congrua la seconda espressione.

Si può osservare, in senso contrario a tali distinzioni apparentemente sottili, che l'attitudine a riconoscere tempestivamente lo stato di crisi e ad evitarne l'aggravamento presuppone comunque un'impresa, individuale o collettiva che sia, ben organizzata nella fase *in bonis*: l'osservazione empirica suggerisce che è ben difficile individuare in maniera lucida e tempestiva i rimedi ad uno stato di crisi ormai in atto, capaci di arginarne l'espansione ed in genere gli effetti, se l'impresa non ha preventivamente adottato un'organizzazione adeguata, strumento indispensabile anche per cogliere ed interpretare le cause della crisi stessa.

L'interpretazione qui proposta comporta, è innegabile, una lieve forzatura del tenore testuale dell'art. 2086, comma 2, c.c. (nonché dell'art. 3 c.c.i.i.): ma essa si lascia comunque preferire in quanto è l'unica capace di cogliere la *ratio* e l'esatto ruolo nel sistema della disposizione di cui si discute: disposizione che intende esprimere, a mio avviso, una norma generale – se si vuole un principio – di diritto dell'impresa, la cui applicazione prescinde dalla forma di esercizio dell'impresa o dalle modalità della sua imputazione.

Noi giuristi siamo da tempo abituati, anche nell'ambito del diritto commerciale, a ragionare per principi e clausole generali.

Averne introdotta un'altra non suscita scandalo: a meno che non si appartenga al novero di coloro che si pongono in posizione in generale critica rispetto a tecniche di normazione basate sui principi e le clausole generali, in considerazione del loro carattere elastico e indeterminato, che favorirebbe il proliferare di interpretazioni diverse in sede applicativa, foriere in quanto tali di incertezza e di disorientamento.

Personalmente non aderisco a queste posizioni: sono anzi dell'idea che, mai come oggi, in un contesto di legislazione – in particolare in tema di impresa – molto estesa ed articolata, frammentata in tanti settori, si avverte più che mai l'esigenza di individuare e ricostruire principi di carattere generale, che sorreggano ed orientino in maniera armonica l'interpretazione (anche colmando eventuali lacune che si annidino negli interstizi fra una legge e altra, fra un settore normativo e l'altro) e valgano a non farci perdere di vista la coerenza del "sistema".

2. Un pregiudizio da sfatare: l'obbligo di adeguatezza organizzativa come inutile fardello sulle spalle dell'imprenditore

L'indagine comparatistica conferma che è stata recepita in molti ordinamenti l'idea secondo la quale chi esercita un'impresa debba preoccuparsi non solo di quella che siamo abituati tradizionalmente a definire "corretta gestione", ma anche della "corretta organizzazione".

Ha acquisito in maniera sempre più nitida autonomia, rispetto alla categoria dei doveri di gestione, la categoria dei doveri di organizzazione.

Non dobbiamo pensare che si tratti di un esercizio concettuale, di un orpello, e che l'individuazione della categoria dei doveri di organizzazione, priva di una vera ragione sostanziale, valga in realtà a gravare l'impresa di pesi ulteriori e dei relativi costi.

Si tratta di un'opinione sposata con enfasi da taluni dei primi commenti della nuova disposizione: anche a livello di organi di stampa e *mass media* in genere, emergeva la martellante preoccupazione che l'impresa uscisse da questa "riforma" appesantita e potenzialmente soffocata da oneri "organizzativi" e "burocratici" per lo più fini a sé stessi, non proporzionati e dunque eccessivi.

Questo tipo di reazione, e la preoccupazione che essa esprimeva, mi sorpresero non poco: si tendeva infatti a trascurare il dato a mio avviso incontrovertibile, che la vera ed unica "novità" del disposto del nuovo comma 2 dell'art. 2086 risiede in ciò, che esso conferisce a carattere generale ad un principio che, sia pure in termini più circoscritti, era stato già riconosciuto nella legislazione previgente.

È vero che in quella l'obbligo di adeguatezza organizzativa era riferito alla sola società per azioni e, dunque, la generalizzazione a tutte le imprese (società di persone, imprese individuali, ecc.) è stata sicuramente stata un passo importante, compiuto – non a caso – nell'occasione della riforma della disciplina della crisi: proprio perché, come già osservato, tale disciplina, sia per l'evolvere della sensibilità comune e per l'affermarsi di nuovi metodi nelle scienze sociali ed economico-aziendali, capaci di caratterizzarle sempre di più come scienze predittive, sia per le indicazioni provenienti dall'Europa (a cominciare dalla nota Raccomandazione del 2014), imponeva di dare rilievo al tema del riconoscimento tempestivo della crisi e dell'intervento immediato sulla stessa; il quale a sua volta presuppone, come già si è osservato, che gli strumenti di intervento siano predisposti in anticipo, e rimanda quindi all'idea di una preesistente adeguata organizzazione dell'impresa, inclusiva di detti strumenti.

Com'è noto, l'idea che l'impresa debba dotarsi di assetti organizzativi adeguati era prepotentemente venuta alla ribalta, con riferimento alla società per azioni (art. 2381, commi 3 e 5; art. 2403, comma 1), in occasione della riforma organica del diritto delle società di capitali e cooperative varata nel 2003 ed era stata a sua volta preceduta dall'affermazione del medesimo principio nella legislazione speciale del settore bancario e dell'intermediazione finanziaria in genere⁶, dove l'adeguatezza organizzativa viene considerata, nell'ottica della vigilanza prudenziale, come uno dei presidi essenziali della gestione sana e prudente dell'intermediario.

Senonché è avvenuto che, mentre all'accoglimento del dovere di adeguatezza organizzativa nel novero dei doveri degli amministratori era stata riservata una valutazione generalmente positiva, l'atteggiamento è apparso subito diverso, in termini generali, anche se non assoluti, con riguardo all'idea di estendere l'applicazione di quel principio a tutte le forme di imprese, indipendentemente dall'organizzazione della loro titolarità.

Contro detta estensione si adduceva, lo si è già ricordato, l'argomento che ne sarebbe verosimilmente derivato un aggravio di costi e di oneri per l'impresa, difficilmente sostenibile e difficilmente giustificabile – in particolare – riguardo alle imprese di piccole o piccolissime dimensioni, quali sono, di norma, quelle facenti capo ad un individuo.

Ora, a prescindere dal rilievo, già svolto dianzi, del carattere del tutto marginale, nella realtà economica odierna, della figura dell'imprenditore-persona

⁶ Cfr. ad es. P. MARCHETTI, *Disposizioni di vigilanza su organizzazione e governo societario delle banche*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 432 ss.; e prima ancora G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 137 ss.

fisica, questa tesi appare criticabile in quanto trascura la centralità, nella regola in discussione, del criterio riassumibile nella parola “adeguatezza”: gli assetti organizzativi, la cui istituzione viene imposta generalmente alle imprese, devono essere infatti “*adeguati alla natura e alle dimensioni dell’impresa*” stessa.

Occorre quindi valorizzare l’aggettivo “adeguati”, che esprime un principio di proporzionalità, e gli indici o parametri che il legislatore ha fornito, come termini di riferimento rispetto ai quali valutare l’adeguatezza. Essi sono costituiti, rispettivamente, dalla natura e dalle dimensioni dell’impresa. Si ha quindi riguardo, da un lato, alle caratteristiche qualitative dell’impresa sotto il profilo dell’oggetto e del modo di esercizio dell’attività (quello che gli aziendalisti chiamano il “business model”), nonché sotto il profilo dell’imputazione, o – se si preferisce – dell’organizzazione della titolarità; si ha riguardo, dall’altro lato, al profilo dimensionale o quantitativo, quindi, per es. al numero dei dipendenti, o alla numerosità delle sedi o degli stabilimenti, ecc.

Se si applicano correttamente i suddetti parametri, tenendo conto in maniera analitica delle peculiarità dei singoli casi concreti, difficilmente ne risulterà integrato il rischio che taluni paventano: la complessità e la “pesantezza” degli assetti organizzativi sarà proporzionale alle suddette caratteristiche qualitative e dimensionali dell’impresa, per cui dalle imprese piccole o micro si potrà esigere l’istituzione di assetti organizzativi più leggeri e snelli di quelli che saranno richiesti alle imprese di maggiori dimensioni.

In definitiva, il grido d’allarme, che alcuni hanno lanciato, addirittura prospettando una lesione della “libertà d’impresa”, o l’intento di appesantire l’impresa imponendo l’adozione di strutture organizzative non necessarie, quindi inutilmente onerose, mi sembra realmente destituito di ogni fondamento.

Mi premeva esprimere questo concetto, anche perché le reazioni all’introduzione della regola in esame, che si sono dianzi ricordate, denotano, a mio avviso, una tuttora scarsa consapevolezza culturale, nel nostro Paese, riguardo ai problemi dell’impresa.

Le regole giuridiche – quando efficaci ed efficienti – aiutano, ma i problemi dell’impresa non si risolvono soltanto con l’aiuto del legislatore: occorre, lo si è osservato da più parti, anche un mutamento culturale, come per esempio quello che ha interessato il tema dell’*early warning*, dell’intervento precoce sulla crisi.

Nel nuovo contesto si tende a pensare che l’imprenditore non debba farsi condizionare dalle remore psicologiche e culturali che si frappongono al concepire in anticipo un possibile esito negativo dell’intrapresa economica: al contrario, è conforme ai principî di razionalità e correttezza il saper prevedere che la situazione dell’impresa possa ad un certo punto virare in senso negativo ed il saper conseguentemente attuare, in tempo utile, i rimedi necessari a prevenire il peggio. Nelle imprese bancarie è addirittura richiesta l’elaborazione e la presen-

tazione di un piano di risanamento, contestualmente all'istanza di autorizzazione alla costituzione, che potrebbe non dover servire mai, ma che comunque è, in quel settore, un passaggio necessario per l'inizio dell'attività d'impresa.

Taluni componenti della Commissione Rordorf avevano ad un certo punto ventilato, durante i lavori di redazione dello schema di decreto delegato, l'ipotesi di estendere l'istituto del piano di risanamento alle imprese non bancarie, salva ovviamente l'impossibilità di condizionare, per queste ultime, alla sua presentazione il provvedimento autorizzativo dell'esercizio dell'impresa, che non è previsto nei settori non vigilati.

L'idea non venne portata avanti, anche perché non trovava alcun appiglio nella legge delega. Ma, a ben vedere, anche la predisposizione di un piano di uscita da eventuali situazioni di crisi potrebbe rientrare, in termini generali, nel dovere di istituzione di assetti organizzativi adeguati di cui al nuovo comma 2 dell'art. 2086.

In definitiva, è mio fermo convincimento che la regola relativa agli assetti organizzativi adeguati non solo non può considerarsi un inutile fardello, ma al contrario dev'essere valutata come un indispensabile sostegno per l'impresa, nel senso che la predispone e la prepara agli eventuali colpi avversi della sorte, alle situazioni congiunturali sfavorevoli, dall'origine più varia: per esempio, a quelle generate da un'improvvisa pandemia, foriera di effetti nefasti anche per le attività economiche, come abbiamo tutti potuto constatare da vicino negli ultimi due anni.

L'esperienza terribile della pandemia da SARS-COVID 19 ci ha dimostrato che, come fra gli esseri umani, anche fra le imprese vi sono quelle resilienti e quelle fragili.

Appartengono certamente al primo gruppo le imprese che per tempo si erano attrezzate a sopportare vicende avverse, munendosi di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla loro natura e alle loro dimensioni e idonei anche a prevenire ed a riconoscere tempestivamente le crisi.

E, nel trattare il tema dell'intervento finanziario pubblico a sostegno delle imprese colpite dalla crisi pandemica, si è opportunamente osservato che occorre sempre distinguere impresa da impresa e non trattare tutte allo stesso modo.

Il sostegno finanziario pubblico andrebbe soprattutto indirizzato alle imprese che dimostrino, anche in ragione degli adeguati *standard* organizzativi, oltre che dell'adeguatezza del *business model* e del successo dei loro prodotti, una buona capacità di resilienza (i.e., di resistere al momento critico e di superarlo in tempi relativamente brevi, una volta cessato l'evento che ha determinato la crisi), essendo in caso contrario elevato il rischio che l'intervento finanziario pubblico non sortisca alcun esito positivo e comporti soltanto uno spreco di risorse che sono di tutti i cittadini.

Per concludere sul punto, queste discussioni sull'eccesso di appesantimento "burocratico" che l'obbligo di adeguatezza organizzativa comporterebbe a carico delle imprese (per lo meno di quelle di minori dimensioni) meritano a mio avviso di essere definitivamente archiviate.

3. Adeguatezza organizzativa e "procedimentalizzazione" dell'attività d'impresa

Una puntualizzazione è il caso di fare sul tema "procedimentalizzazione".

Senza soffermarsi in questo momento sul neologismo in sé, che trovo esteticamente non gradevole, anche se oggi molto in voga, desidero svolgere qualche riflessione sull'affermazione secondo la quale l'obbligo di istituire assetti adeguati equivarrebbe all'obbligo di procedimentalizzare l'attività, ogni aspetto o segmento dell'attività d'impresa.

A mio avviso, se intesa in termini generali ed assoluti, questa affermazione non coglie nel segno: essa può risultare errata, per eccesso ovvero per difetto. L'assetto organizzativo di un'impresa è fatto di regole e di insiemi di regole (dunque, di procedimenti o procedure), ma anche di risorse umane (il personale preposto ai singoli "assetti") e intellettuali (l'idea organizza che è alla base di essi). Così, per esempio, possiamo avere un assetto del tutto adeguato sotto il profilo delle regole e dei procedimenti, ma che non funziona perché il personale è privo dei requisiti di competenza o esperienza che sarebbero stati necessari in un determinato contesto o per lo svolgimento di una determinata funzione aziendale. Per converso, la dotazione di risorse umane munite di adeguata competenza ed esperienza può non essere sufficiente a produrre un assetto "adeguato" se le regole e le procedure sono confuse, lacunose o addirittura inesistenti.

Proviamo tuttavia ad interrogarci su che cosa esattamente significhi l'affermazione all'inizio riportata.

Una prima ipotesi è che essa intenda evocare, sotto altre forme, il tema, già discusso poc'anzi, dell'appesantimento che l'obbligo di adeguatezza organizzativa sancito dall'art. 2086 c.c. avrebbe imposto, irragionevolmente, all'attività dell'imprenditore, ben al di là del campo della grande impresa capitalistica, la società per azioni, al quale esso era in origine (*i.e.*, sino alla svolta impressa dal c.c.i.i.) confinato.

Per un altro verso, si potrebbe ipotizzare che quell'affermazione intenda sdrammatizzare la "pesantezza" dell'obbligo in parola, assumendo che per essere *compliant* con la regola del comma 2 dell'art. 2086 è sufficiente che l'imprenditore procedimentalizzi ogni momento della propria attività.

A mio avviso, il dovere di adeguatezza degli assetti amministrativi esige, fra l'altro, che l'imprenditore adotti procedure idonee in relazione ai momenti sa-

lienti e tipici della propria attività, secondo i criteri di proporzionalità alla natura e alla dimensione dell'attività stessa, che sono stati già esaminati.

Una "procedimentalizzazione" eccessiva (pervasiva, cioè, di ogni e qualsiasi momento dell'attività) potrebbe risultare inadeguata alla stregua di quei criteri, e perciò non rispettosa del disposto dell'art. 2086, comma 2; così come, per converso, dovrà considerarsi inadeguata per difetto l'organizzazione dell'impresa che non procedimentalizzi quelle fasi o quei segmenti dell'attività che ne sono l'espressione tipica e quotidiana e che più facilmente possono generare situazioni foriere di rischi per l'imprenditore o per l'uno o l'altro gruppo di portatori d'interessi.

La procedimentalizzazione è funzionale ad individuare, ai diversi livelli decisionali dell'impresa, i processi, a renderli segmentabili e perciò più facilmente controllabili, a far emergere, là dove opportuno o comunque richiesto dalla legge, la motivazione che sorregge le determinazioni assunte.

Come tale, l'esigenza di procedimentalizzazione era già presente nell'impresa e coltivata nelle buone prassi di gestione della stessa ben prima dell'introduzione del secondo comma dell'art. 2086 c.c.

Dunque, a mio avviso, nessuna novità sconvolgente del sistema, nessun particolare aggravio di lacci e laccioli per l'imprenditore possono ritenersi generati dalla disposizione in esame.

Chi potrebbe negare, già alla stregua delle norme previgenti, la ragionevolezza e l'adeguatezza del comportamento dell'imprenditore che – non solo nella grande impresa capitalistica, ma anche nella impresa di ridotte dimensioni – istituisca, ad esempio, una specifica procedura amministrativa per l'acquisto di beni, servizi o materie prime, strumentali all'esercizio della sua attività.

La procedura stabilisce le competenze ed i vari passaggi dell'*iter*: individua il soggetto che decide l'acquisto, sulla base eventualmente di una delibera-quadro dell'organo amministrativo della società, quello che emette l'ordine, quello che, se del caso, indice e governa la gara d'appalto e la relativa procedura, quello che controlla l'adempimento dell'ordine di acquisto da parte del fornitore prescelto, quello che controlla la qualità e quantità della merce, quello che emette la ricevuta di consegna, quello che passa la fattura ed i documenti ad essa collegati all'ufficio contabilità dell'impresa per i successivi adempimenti, eccetera.

Ecco, questo è un esempio di procedimentalizzazione di un segmento dell'attività che, ritengo, tutte le imprese di qualche rilievo dimensionale mettano in atto; forse solo il micro imprenditore individuale potrebbe non averne bisogno nella misura in cui sia in grado, in ragione delle sue capacità e delle ridottissime dimensioni dell'attività, di far tutto da solo, e non abbisogni quindi di strumenti e presidi di verifica *ex post* sull'attività dei propri collaboratori, funzionali al controllo ed alla prevenzione dei rischi che ne possono scaturire e che ne raccomandano, appunto, la procedimentalizzazione.

La vera, importante novità è consistita nell'erigere le regole di adeguata organizzazione e di adeguata procedimentalizzazione, già imposte alle imprese in forma di società per azioni, a principio generale del diritto dell'impresa e nel sottolinearne la carica di doverosità *ex lege*⁷ in capo all'imprenditore, sia pure sulla base di un criterio di proporzionalità alle natura e alle dimensioni dell'impresa; doverosità dalla quale discende la responsabilità per i danni eventualmente causati dalla violazione di "obblighi organizzativi"⁸, così come la possibilità di qualificare detta violazione alla stregua di una "grave irregolarità" nell'espletamento della funzione gestoria, rilevante ai sensi ed agli effetti dell'art. 2409 c.c.⁹

⁷ Trib. Milano, sez. specializzata in materia di imprese, 3 dicembre 2019, n. 11105.

⁸ Qui si pone il dibattuto problema se l'amministratore possa andare esente da responsabilità invocando la discrezionalità imprenditoriale nella individuazione e costruzione degli assetti adeguati ad una determinata impresa: altrimenti detto, se la *business judgment rule* trovi applicazione sul terreno della responsabilità da violazione dell'obbligo di adeguatezza degli assetti organizzativi. Per la soluzione positiva, cfr. Trib. Roma, 8 aprile 2020, est. Guido Romano, secondo cui "*In definitiva, la scelta organizzativa rimane pur sempre una scelta afferente al merito gestorio, per la quale vale il criterio della insindacabilità e ciò pur sempre nella vigenza dei limiti sopra esposti e, cioè, che la scelta effettuata sia razionale (o ragionevole), non sia ab origine connotata da imprudenza tenuto conto del contesto e sia stata accompagnata dalle verifiche imposte dalla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico*"; Trib. Roma, 15 settembre 2009, est. Cecilia Bernardo, secondo cui "*sotto entrambi i profili (sia quello della rilevazione della crisi, sia quello degli interventi conseguenti), le scelte dell'amministratore – siano esse prettamente gestionali, siano esse di tipo organizzativo – possano essere sindacate nei limiti del principio della business judgment rule. Di conseguenza, mentre da un lato appare certo che la mancata adozione di qualsivoglia misura organizzativa comporti di per sé una responsabilità dell'organo gestorio, dall'altra, si ritiene possibile assoggettare a sindacato giudiziale la struttura organizzativa predisposta dall'amministratore nei limiti e secondo i criteri della proporzionalità e della ragionevolezza (e, precisamente, in questo ambito secondo i criteri della adeguatezza), ciò al fine di verificare se fosse idonea a far emergere gli indizi della perdita della continuità aziendale e se la tipologia degli interventi scelta dall'organo gestorio sia ragionevole e non manifestamente irrazionale. Ed è evidente che tale verifica andrà effettuata sulla base di una valutazione ex ante, tenendo conto delle informazioni conosciute o conoscibili dall'amministratore, ed a prescindere dai risultati concreti che poi sono stati raggiunti*".

⁹ Cfr. Trib. Milano, sez. specializzata in materia di imprese, 18 ottobre 2019 e 21 ottobre 2019 (la seconda sentenza è pubblicata in *Soc.*, 2020, n. 8-9, p. 988 ss., con commento di I. CAPELLI, *Assetti adeguati, controllo dei sindaci e denuncia ex art. 2409 c.c.*, ivi, p. 990 ss.): viene accolta la denuncia per gravi irregolarità nella gestione presentata dal collegio sindacale con riferimento a due società per azioni (rispettivamente, controllante e controllata), gestite dal medesimo amministratore unico, al quale veniva addebitata la violazione dell'obbligo di istituire adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili idonei alla verifica della continuità aziendale e di attivarsi senza indugio per adottare i rimedi per il superamento della crisi (il Tribunale, constatata la situazione di crisi delle società in questione e l'inerzia dell'amministratore, ne ha disposto la revoca, nominando un amministratore giudiziario).

4. Adeguatezza organizzativa e interessi dei terzi

Un'ultima notazione.

Nella molteplicità degli angoli visuali e delle prospettive da cui può essere letta la disposizione in esame, vale la pena di considerare la prospettiva dei soggetti esterni all'impresa, dei terzi, cioè, ed in particolare dei lavoratori.

Si è al riguardo osservato da taluni, in particolare nel campo dei giuslavoristi¹⁰, che l'obbligo, stando al tenore testuale dell'art. 2086, comma 2, è posto a carico dell'imprenditore, non degli amministratori dell'impresa collettiva. Quindi, si argomenta, se si trattasse soltanto di un obbligo degli amministratori, l'adempimento dello stesso sarebbe dovuto nei confronti del *principal*, cioè della società e dei soci, nonché, eventualmente, nei confronti dei creditori sociali, verso cui gli amministratori sono gravati da responsabilità ai sensi dell'art. 2394 c.c.

Trattandosi invece, di un obbligo che viene normativamente considerato come incombente sul titolare dell'iniziativa economica, sull'imprenditore, esso acquisisce anche una valenza esterna, nei riguardi di una o più categorie di *stakeholders* interessati all'adeguatezza degli assetti organizzativi.

Fra questi potrebbero venire *in primis* in considerazione i lavoratori subordinati, il cui interesse si appunta, com'è evidente, soprattutto sull'aspetto dell'adeguatezza degli assetti organizzativi alla rilevazione immediata dei sintomi di un eventuale stato di crisi, che rende possibile l'immediata attivazione di uno dei rimedi all'uopo previsti dall'ordinamento.

Sul presupposto della direzione (anche) verso l'esterno dell'obbligo di adeguatezza organizzativa dell'impresa, che tutelerebbe non solo i diritti dei finanziatori a vario titolo dell'impresa stessa, ma anche i diritti di talune categorie di terzi, si potrebbe addirittura sostenere che la violazione di detto obbligo sia fonte di responsabilità verso questi terzi e determini il sorgere in capo agli stessi di un diritto risarcitorio, qualora essi possano dimostrare di aver patito un danno (ad es., la perdita del posto di lavoro) eziologicamente collegato all'inadempimento dell'imprenditore.

È una tesi suggestiva, anche se, ad un primo esame, mi parve alquanto fantasiosa; oggi, in un contesto di crescente attenzione per il tema della due diligence dell'imprenditore e per i diversi aspetti e profili della responsabilità sociale dell'impresa, un'analisi ed una riflessione più approfondite mi sembrano ineludibili.

¹⁰ Cfr. I. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, I, p. 431 ss.

È per me un richiamo, anche emotivamente importante e significativo, al tema della “realtà giuridica globale dell’impresa”: data la centralità e la trasversalità del fenomeno dell’impresa rispetto ad una molteplicità di esperienze e sensibilità giuridiche, è inevitabile che una norma di carattere generale sull’impresa, come quella qui discussa, sia letta, esaminata e discussa, secondo i vari punti di vista, da tutti coloro che con l’impresa, come studiosi o come operatori, hanno a che fare: quindi, non solo dai giuscommercialisti, ma anche, per esempio, da coloro che si occupano del lavoro nell’impresa.

Clausole generali, concetti indeterminati e articolo 2086 c.c.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le clausole generali nella teoria generale del diritto ed in funzione dell'AI. – 3. L'art. 2086 c.c. ed il principio della libertà d'impresa.

1. Premessa

Il titolo di questo intervento porta a riflettere su due piani:

- a) la discussione di teoria generale (storicamente condotta, soprattutto, da giuscivilisti) sulle clausole generali (o “concetti giuridici indeterminati” o altri termini ancora);
- b) l'esame specifico di una importante “clausola generale” del diritto commerciale, qual è quella contenuta nell'art. 2086 c.c.

2. Le clausole generali nella teoria generale del diritto ed in funzione dell'AI

Sul piano teorico-generale, e a fronte dei numerosi convegni e scritti che vengono dedicati a questa tematica, credo che i tempi siano maturi per una svolta.

La tematica delle clausole generali è nata, infatti, in un tempo in cui si assumevano in modo assoluto il primato della legge e l'ideale codicistico:

(i) l'ordinamento era visto come un insieme di norme di condotta generali e astratte, stabilite in modo chiaro e preciso dalla legge (la stessa teoria generale della norma giuridica era molto più semplice e non dava il giusto peso alle norme costitutive o di organizzazione);

(ii) i principî giuridici erano visti come enunciati di carattere morale e politico da utilizzare, al massimo, in via residuale (v. ancora, in tal senso, l'art. 12 preleggi);

(iii) l'interpretazione era vista come un processo di carattere propriamente cognitivo, cioè dichiarativo del contenuto oggettivo (*rectius*: di un supposto contenuto oggettivo) della norma di legge.

In questo modello, l'impiego, nei testi normativi, di concetti giuridici indeterminati, appariva come un fatto eversivo (Hedemann/Irti).

Oggi la concezione del diritto è cambiata:

- L'ordinamento è visto come una struttura complessa, nella quale è necessaria e riconosciuta come fondamentale una dimensione costituzionale, inevitabilmente composta soprattutto da disposizioni di principio.
- I principî giuridici non sono più visti come enunciati meramente politico/programmatici, e neanche come meri limiti esterni ed eccezionali alla discrezionalità politica del legislatore, bensì come espressioni di giudizi di valore che stanno a fondamento e giustificazione delle norme di rango inferiore e ne orientano l'interpretazione.
- Da qui anche l'affermazione corrente (presente già in Rodotà) per cui i principî servono anche a dare contenuto alle clausole generali.
- In questa prospettiva, deve ritenersi superata la vecchia concezione per cui le clausole generali sarebbero "norme in bianco" rivolte al giudice per attribuirgli la massima discrezionalità nella soluzione del caso concreto. Sono invece norme facenti parte del sistema e la loro interpretazione/concretizzazione deve avvenire facendo capo a principî (che sono, a loro volta, anch'essi norme di diritto positivo).
- Donde poi la conclusione, oggi condivisa da tutti, per cui l'applicazione di una c.g. da parte del giudice può dar luogo al sindacato di legittimità della Cassazione. I principî sono parte integrante e fondativa dell'ordinamento e del processo interpretativo. E i principî sono di solito espressi con concetti giuridici indeterminati.
- Dal "primato della legge" si è passati, in teoria, al "primato dei principî", anche se la diffidenza verso l'impiego dell'argomentazione per principî è ancora diffusa (forse anche per la negativa esperienza di alcune sbrigative applicazioni di tale metodo).
- L'interpretazione è vista come un processo creativo, sia pure non privo di vincoli.
- Inoltre (e, forse, soprattutto), tutti i termini linguistici usati nei testi normativi sono visti come intrinsecamente "aperti", cioè suscettibili di diverse ricostruzioni interpretative.

In tale contesto, non si può parlare di clausole generali come figure eccezionali di abdicazione del legislatore al proprio compito.

Il problema dell'indeterminatezza linguistica è solo un problema di misura. Problemi di "integrazione valutativa" sono presenti nell'interpretazione di qualsiasi testo normativo, anche nei casi in cui si fa prevalere un'interpretazione letterale per ragioni di certezza giuridica.

Ciò non toglie che possano ravvisarsi norme in cui l'indeterminatezza del testo è accentuata e casi in cui tale indeterminatezza è programmata dallo stesso legislatore (Ottolia). O. ha anche opportunamente distinto l'indeterminatezza

programmata delle clausole generali, che è dettata in funzione della successiva integrazione giudiziale della norma, dall'indeterminatezza "ontologica" (si potrebbe dire) delle disposizioni di principio, che contengono un'indicazione di valore tendenzialmente completa, anche se, naturalmente, bisognosa di interpretazione.

Personalmente, con riguardo alle norme contenenti concetti giuridici indeterminati, ho proposto e confermerei una concettualizzazione tripartita:

- 1) disposizioni di principio (che sono "supernorme" governanti la legittimità e l'interpretazione di norme di rango inferiore);
- 2) disposizioni in cui il concetto giuridico indeterminato è una componente della fattispecie *tout court* (es. divieto di abuso di posizione dominante);
- 3) disposizioni in cui il giudice è chiamato a dettare la regola del caso concreto in un conflitto d'interessi particolare fra due soggetti, cioè ad esercitare un potere discrezionale in senso proprio (*i.e.* particolare e concreto: p.e. art. 844 c.c.); è solo in relazione a questo tipo di norme (che potrebbero definirsi "clausole generali in senso stretto") che ha senso l'affermazione per cui le c.g. danno luogo a concretizzazione, più che ad interpretazione (in realtà, danno luogo all'una e all'altra).

Quest'ultima categoria va distinta da quella relativa a norme in cui la fattispecie è definita mediante una valutazione comparativa di interessi in gioco e costruita come fattispecie modale (p.e. danno ingiusto).

La prima distinzione (quella fra 1 e 2) è oggi quasi luogo comune: i principî sono norme giuridiche a tutti gli effetti, che guidano l'interpretazione delle norme a contenuto indeterminato di rango legislativo (G. D'Amico; direi solo, con riguardo alle tesi sostenute da D'A., che non è il caso di parlare di concetti dogmatici distinti dai principî costituzionali: i principî c.d. dogmatici devono pur giustificarsi con un aggancio costituzionale).

La distinzione fra 2 e 3 rimane invece praticamente ignorata. Credo però che essa rimanga valida, perché mette in luce non solo una differenza strutturale, ma anche differenti criteri di concretizzazione della previsione normativa:

- nel caso 2 l'interpretazione/applicazione della norma dev'essere fatta con criteri oggettivi, generali e astratti;
- nel caso 3 la concretizzazione deve avvenire sulla base di un equo temperamento degli interessi delle parti nel caso concreto.

Si faccia l'esempio del diritto all'equo premio dovuto al dipendente inventore e si noti la differenza fra l'inquadramento *sub 2* o *sub 3*.

Queste precisazioni non hanno soltanto una funzione di "pulizia concettuale" (che pur sarebbe non disprezzabile). In realtà, costituiscono la premessa per una possibile applicazione di strumenti di AI (intelligenza artificiale) nell'applicazione del diritto. In proposito è aperta la discussione fra chi sostiene che l'AI non è

in grado di funzionare con concetti giuridici indeterminati e chi sostiene che l'AI sarà in grado di dare tutto ciò (e soltanto ciò) per cui l'intelligenza umana l'avrà programmata. Il problema è che l'uso dell'AI è tendenzialmente conformista, perché l'AI opera normalmente su base statistica, per cui rischia di essere uno strumento perfetto di definizione di *Fallgruppen*, ma anche di accentuare i rischi di conformismo insiti in questo metodo. Da qui la conclusione, su cui tutti convergono, per cui la giustizia predittiva non dev'essere mai interamente preclusiva della possibilità di ricorso finale al giudice umano.

In questa prospettiva, i principî sono comunque fondamento delle norme di rango inferiore, quale che ne sia la formulazione, più o meno "determinata", e ne guidano l'interpretazione.

In ogni caso, credo che la discussione più interessante sarebbe quella sui principî da richiamare per l'interpretazione e la concretizzazione dei concetti giuridici indeterminati presenti nella legislazione (dando per scontato che tali operazioni debbano avvenire sulla base di criteri "interni" all'ordinamento).

La discussione su "clausole generali e diritto X (civile, commerciale o altro)" potrebbe proficuamente essere sostituita dalla discussione razionale sui principî settoriali pertinenti a questa o quella branca dell'ordinamento. In questo senso ha solo in parte ragione chi (Nivarra) sostiene che la discussione sulle clausole generali settoriali dev'essere fatta da specialisti. Io credo piuttosto che si debba evitare, il più possibile, l'elevazione di steccati. La discussione razionale sui principî e sul loro bilanciamento lo consente.

3. L'art. 2086 c.c. ed il principio della libertà d'impresa

L'art. 2086 c.c. contiene certamente una norma a contenuto generale, comprendente un concetto giuridico indeterminato ("assetto adeguato"). Essa pone dei doveri di condotta ai titolari del potere di gestione dell'impresa e, allo stesso tempo, dei limiti alla validità delle deliberazioni aventi ad oggetto scelte di gestione (che diventano "non conformi a legge" quando prefigurino assetti inadeguati). [Non parlerei di nullità per illiceità dell'oggetto, perché una certa scelta può dirsi inadeguata solo in considerazione del contesto particolare e concreto in cui è adottata].

Ci si può chiedere come si collochi la norma nel quadro più generale dei principî relativi alla "costituzione economica". In particolare, con il principio della "libertà d'impresa", sancito dall'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE (e corrispondente alla libertà d'iniziativa economica dell'art. 41 della Costituzione italiana).

In proposito, è emersa una tendenza a vedere il principio di adeguatezza organizzativa come un fattore limitante della libertà d'iniziativa dell'imprenditore.

A mio avviso, questa concezione è criticabile, perché la libertà d'impresa non è assimilabile alle libertà fondamentali dell'individuo.

Ciò per due ragioni fondamentali:

- a) le decisioni assunte nella gestione dell'impresa non sono espressione di libertà individuale, bensì scelte "strumentali", in quanto razionali rispetto a uno scopo (che, in questo caso, è il successo dell'impresa nel mercato); allo stesso modo di ciò che accade per scelte compiute all'interno di altre organizzazioni (eserciti, chiese, ospedali, squadre sportive ecc.);
- b) le decisioni assunte nella gestione dell'impresa sono spesso (anzi: normalmente) frutto di procedimenti complessi ed hanno carattere collettivo.

La tutela della "libertà d'impresa" è dunque, propriamente, tutela dell'autonomia dell'impresa, intesa come organizzazione complessa. In altre parole, l'impresa è un bene giuridico oggettivamente tutelato, come strumento centrale per lo sviluppo economico e, quindi, per il benessere del consumatore. In altri termini, l'art. 16 CDFUE non tutela un "diritto" ma pone un "principio" (con terminologia costituzionalistica un po' arcaica si potrebbe parlare di "garanzia d'istituto").

In questa prospettiva, la norma dell'art. 2086 non è una norma limitativa della libertà d'impresa, bensì una norma attuativa di tale principio. Come tale, esso è suscettibile di interpretazione estensiva e di applicazione analogica.

Quanto detto consente anche di formulare una riflessione finale sul discusso problema dell'applicazione o meno della *business judgment rule* alle scelte organizzative degli amministratori.

Sul punto meriterebbe una riflessione il fenomeno culturale per cui la BJR viene abitualmente considerata, anche nelle argomentazioni dei giudici, come una norma di diritto positivo italiano, senza che alcuna fonte di diritto generalmente riconosciuta la preveda. Ma, a parte ciò, la sostanza non cambia se poniamo la questione chiedendoci se rientri nella discrezionalità insindacabile degli amministratori, o costituisca violazione del dovere di diligenza professionale, l'aver adottato scelte organizzative inadeguate rispetto alla finalità di produrre utili, che è propria della società.

In proposito, credo che i dubbi possano essere superati con una fondamentale distinzione:

- a) la BJR protegge gli amministratori da un sindacato giudiziario *ex post* – con il solo limite della illogicità manifesta – in relazione a scelte strategiche aziendali che siano risultate eccessivamente audaci, o comunque non siano state coronate da successo; le scelte organizzative adottate, in modo coerente, per realizzare quella strategia che poi si è rivelata ragione di insuccesso, non possono essere sindacate col senno di poi: la legittimità delle scelte organizzative dipende da quella della scelta strategica alla quale erano preordinate;

b) quando, invece, la strategia adottata sia risultata manifestamente illogica, e comunque tale da non potere essere protetta dalla BJR, le scelte organizzative non potranno essere immuni dal sindacato giudiziario: le scelte organizzative, in questo caso come nel precedente, sono strumentali rispetto alla strategia aziendale in cui si inquadrano, e l'applicazione della BJR dev'essere fatta con riferimento al livello strategico che sta "a monte" delle scelte organizzative.

Le norme positive ed i concetti in tema di assetti organizzativi dell'impresa prima della riforma dell'art. 2086 c.c.

SOMMARIO: 1. Brevi cenni all'organizzazione dell'attività di impresa nel codice civile del 1942. – 2. Il diritto positivo dopo il d.lgs. n. 6 del 2003 (ma prima del d.lgs. n. 14 del 2019). – 3. Gli assetti organizzativi: alla ricerca di una nozione. – 4. La predisposizione degli assetti organizzativi: cenni alla natura del dovere ed ai criteri impiegabili nell'adempimento (con una chiosa sull'uso di Intelligenza Artificiale). – 5. Assetti organizzativi e *corporate governance*. – 6. Assetti organizzativi e tipi societari: una questione ancora aperta?

1. Brevi cenni all'organizzazione dell'attività di impresa nel codice civile del 1942

L'organizzazione è un tratto caratterizzante l'attività di impresa, che trova sin dappprincipio spazio nel codice civile, tanto nel Libro Quarto, si veda l'art. 1655 c.c., quanto e soprattutto nel Libro Quinto. Basti pensare, limitandosi al diritto positivo – del quale questo saggio è invitato ad occuparsi, senza superare l'emanaazione del d.lgs. n. 14 del 2019 – all'art. 2082 c.c., che definisce imprenditore chi eserciti un'attività «*organizzata*», all'art. 2083 c.c., che qualifica piccoli imprenditori gli esercenti un'attività «*organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei familiari*», all'art. 2555 c.c., che definisce l'azienda un «*complesso di beni organizzati*». Discorso solo in parte diverso vale per l'art. 2214 c.c., che, imponendo a tutti gli imprenditori di tenere le scritture contabili «*richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa*», evoca l'obbligatorietà della condotta e la necessità di una confacente organizzazione.

Insomma, che quella esercitata dall'imprenditore sia un'attività “organizzata” e che la misura di siffatta organizzazione abbia a che fare con la sua natura e dimensione sono concetti acquisiti e sedimentati da tempo.

Tuttavia, le suddette disposizioni si riferiscono genericamente agli imprenditori e non sembrano distinguere quelli individuali da quelli collettivi. Gli originari artt. 2381 e 2392 c.c. nulla dicevano dell'organizzazione dell'impresa ed ogni aspettativa era rimessa all'iniziativa degli amministratori, dai quali si pretendeva la diligenza del mandatario.

Probabilmente, è anche per questo che, almeno sino agli anni '70 del secolo scorso, l'organizzazione era, forse, il più trascurato tra i requisiti dell'art. 2082 c.c., dove maggiormente spiccavano la "professionalità" e la "economicità"¹. Anzi, in contesti non sempre scevri da curvature ideologiche, l'organizzazione era talora vista come una combinazione di sapienza e capitale che, assieme al "rischio", contribuiva a giustificare – come se ce ne fosse stato bisogno – il profitto dell'imprenditore, specie di quello che nulla produca, limitandosi allo scambio di beni o servizi. In altre parole, l'imprenditore ben organizzato non era più virtuoso di altri, meno organizzati, ma più capace².

È appena il caso di ricordare che le cose iniziano a cambiare nei decenni immediatamente successivi³. Anzitutto, quando, almeno per le imprese operanti in settore particolarmente rilevanti – quali quelle finanziarie, bancarie, assicurative e riassicurative, necessariamente costituite in forma azionaria – le leggi speciali prendono ad occuparsi più direttamente dell'organizzazione. Poi, allorché il t.u.f. del 1998 fornisce una prima risposta alla ormai avvertita esigenza di imporre una più organizzata *governance* per le società emittenti, qualunque sia l'oggetto sociale. Ad esempio, è assolutamente pertinente la peculiare declinazione delle funzioni del collegio sindacale, che ai sensi dell'art. 149 t.u.f. è tenuto a vigilare, tra l'altro, «sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione»⁴. L'*input* è ben presto ribadito dalla normativa secondaria e, in termini non

¹ L'organizzazione sembrava infatti soprattutto funzionale alla distinzione tra gli imprenditori, che si avvalgono del contratto d'opera, ed i professionisti, il cui rapporto con il cliente è regolato dal contratto d'opera professionale. Sul punto si vedano i recenti contributi di E. DESANA, *La fattispecie impresa nelle sue varianti*, in *Lineamenti di diritto commerciale*, a cura di G. Cottino, II ed., Bologna, 2016, 41; G. MARASÀ, *L'imprenditore. Artt. 2082 e 2083 c.c.*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, Milano, 2021, 9.

² Per maggiori riferimenti si rinvia a F. GALGANO, *Diritto Commerciale, 1, L'imprenditore*, XIII ed., Bologna, 28. Più recentemente, anche per quanto attiene alla "visione ideologica", si veda nuovamente G. MARASÀ, *L'imprenditore. Artt. 2082 e 2083 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, cit., 9.

³ Tra i tanti, V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc.*, 2017, 311; A. DE NICOLA, *sub art. 2381*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, Milano, 2005, 99.

⁴ *Ex multis*, F. BORDIGA, *sub art. 149*, in *La società per azioni*, commentario diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, 2016, 4258. In merito ai rapporti tra i vari soggetti svolgenti funzioni di controllo, si veda Cass. 9 gennaio 2019, n. 300, in *Giur. comm.*, 2021, II, 877, con nota di E. PEGGI, *La vigilanza del collegio sindacale nelle società con azioni quotate e i rapporti col comitato di controllo interno*.

vincolanti ma comunque stringenti di *soft law*, dalle raccomandazioni impartite del Codice di autodisciplina sin dalla prima edizione (1999). Almeno in quei contesti, l'efficace organizzazione delle imprese, costituite in forma azionaria, diviene obiettivo primario e, soprattutto, inizia ad assumere i precisi contorni di un dovere, ora imposto dalla legge e dalla normativa secondaria, ora fortemente raccomandato dai codici di autodisciplina in termini di "*complain or explain*".

Un'ulteriore svolta è segnata, allo scorcio del nuovo millennio, dal d.lgs. n. 231 del 2001. Per quanto mosso da altre finalità, disciplinando la responsabilità sanzionatoria degli "enti", il decreto richiede di dotarli di un modello organizzativo atto a prevenire un crescente numero di reati. Accantonate altre questioni, è chiaro che l'elaborazione del modello richiede di passare al setaccio l'intera organizzazione dell'impresa, nella sua più ampia accezione. È altresì chiaro che siffatta prescrizione, ancorché non immediatamente precettiva, è rivolta all'organo di gestione e che l'organo di vigilanza, che in quel momento nel contesto societario è solo il collegio sindacale, deve verificare se e come il modello sia stato adottato. Né possono trascurarsi il ruolo, le funzioni e le interlocuzioni con l'Organismo di Vigilanza.

Il riferimento al d.lgs. n. 231 del 2001 tornerà utile in un secondo momento, allorché questa ed altre leggi speciali entreranno in gioco nel provare a dare più concreto contenuto alla nozione "asseti adeguati".

2. Il diritto positivo dopo il d.lgs. n. 6 del 2003 (ma prima del d.lgs. n. 14 del 2019)

La riforma del diritto delle società di capitali, introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003, segna quindi un netto, ma non brusco, cambio di passo in favore dell'organizzazione. Ispirate dall'esperienza della legislazione di settore e dal crescente confronto con le soluzioni di altri ordinamenti, diverse norme arricchiscono lo statuto generale dell'imprenditore collettivo costituito in forma di società di capitali.

Prescindendo, almeno per il momento, da ogni considerazione in merito all'eventuale trans-tipicità delle norme e limitandosi al sistema tradizionale, l'art. 2381 c.c. e l'art. 2403 c.c. elevano ad espresso precetto, anzi ad un vero e proprio "principio"⁵, il dovere di dotare ogni impresa azionaria di assetti organizzativi, ammini-

⁵ Si veda M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 5. Potranno trarsi utili indicazioni anche dalla pubblicazione della monografia di A. CAPRARA, *I principi di corretta amministrazione*, al momento ancora in stampa, ma che si è potuta leggere nella versione editoriale per cortesia dell'Autore.

strativi e contabili adeguati alla natura ed alla dimensione dell'impresa. Il primo, imponendo all'organo amministrativo – anche se lì si pensa solo a quello collegiale⁶ – di curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura ed alla dimensione dell'impresa. Il secondo, assegnando al collegio sindacale il dovere di vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed, in particolare, sull'adeguatezza e sull'effettivo funzionamento dei predetti assetti.

Giova aggiungere che, sempre sul piano codicistico, non è del tutto estraneo nemmeno il ruolo del revisore legale, che ai sensi dell'art. 2409-septies c.c. deve scambiare con il collegio sindacale le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi controlli⁷; a tale ultimo proposito è eloquente il punto 5.3 delle Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili (versione gennaio 2021)⁸.

Inoltre, sono molte le norme del t.u.f. che, poco dopo la riforma del 2003, tornano ad occuparsi degli assetti nelle società emittenti. Spicca il ruolo del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari. L'art. 154-bis del t.u.f., introdotto dall'art. 14 della l. n. 262 del 2005 e modificato dalla l. n. 303 del 2006, gli affida il compito di «*predispone adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione del bilancio di esercizio e, ove previsto, del bilancio consolidato nonché di ogni altra comunicazione di carattere finanziario*»⁹.

Infine, ma si potrebbe proseguire a lungo, non possono certo trascurarsi le indicazioni provenienti dal settore bancario¹⁰.

⁶ Sembra però sottinteso che, trattandosi di un precetto non negoziabile, il dovere di predisporre gli assetti adeguati gravi anche sull'amministratore unico di s.p.a. Si vedano M. IRRERA, M. SPIOTTA, M. CAVANNA, *Gli obblighi e i doveri*, in AA.VV., *Il diritto del governo delle imprese*, diretto da M. Irrera, Torino, 2020, 241.

⁷ Sul punto, tra i tanti, G. COTTINO, *Società per azioni, Collegio sindacale. Revisori. Denuncia al tribunale*, in *Diritto commerciale*, diretto da O. Cagnasso, G. Cottino, Torino, 2015, 9.

⁸ La Norma di comportamento prevede uno scambio di informazioni tra il collegio sindacale ed il revisore in merito «*all'assetto organizzativo, al sistema amministrativo-contabile, al sistema di controllo interno, al processo di informativa finanziaria, al sistema di revisione interna e al sistema di gestione del rischio*».

⁹ Sul punto G. STRAMPELLIA, *sub art. 154-bis*, in *La società per azioni*, commentario diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, cit., 4352; G.B. BARILLA, *sub art. 154-bis*, in *T.U.F. Commentario breve*, diretto da V. Calandra Buonauro, Padova, 2020, 1146. È bene ricordare che ai sensi dell'art. 154-bis, ultimo comma, «*le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori si applicano anche ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, in relazione ai compiti loro spettanti, salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società*».

¹⁰ Si vedano le interessanti considerazioni in merito al rapporto corrente in queste imprese tra gli assetti adeguati ed il controllo interno di A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1165.

È noto il rapporto simbiotico tra i principi di corretta amministrazione e gli assetti adeguati.

Stando ad un diffuso convincimento, obiettivamente fondato sul diritto positivo, l'obbligo di predisporre tali assetti costituirebbe una specifica declinazione del più generale dovere di osservare i «*principi di corretta amministrazione*», evocati dall'art. 2403 c.c.¹¹ Merita aggiungere che, nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento, l'art. 2497 c.c. stabilisce, inoltre, il dovere di operare nel rispetto «*dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*» delle società eterodirette.

Come emerge da questa breve rassegna normativa, con la riforma del 2003 la predisposizione di assetti adeguati alla natura ed alla dimensione dell'impresa diviene, quindi, una vera e propria regola di condotta.

La sua inosservanza, se causa di conseguente pregiudizio, può comportare – secondo i rispettivi criteri di imputazione – la responsabilità dei componenti degli organi di gestione e di controllo. La sua inosservanza, come è stato giustamente ricordato nel corso del convegno, potrebbe giustificare l'impugnazione e l'annullamento della delibera consiliare che istituisse assetti inadeguati. La sua inosservanza, se foriera di possibile pregiudizio, può comportare l'adozione delle misure previste dall'art. 2409 c.c.¹². La sua inosservanza può giustificare la revoca dei componenti degli organi di amministrazione e controllo da parte dell'assemblea¹³.

È plausibile che, come sembra ricavarsi dall'esperienza giudiziale, gli ultimi due rimedi possano essere invocati più spesso dei primi. Questo perché l'allegazione e la dimostrazione del nesso di causalità, che deve pur sempre intercorrere

¹¹ Si veda, tra i tanti, P. MONTALENTI, *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, 3.

¹² Nel corso del convegno si è giustamente ricordato che l'adozione dei diversi provvedimenti previsti dal vigente art. 2409 c.c. dovrebbe avvenire gradatamente, in guisa da limitarne le inevitabili ripercussioni sull'impresa societaria; ci si è altresì chiesti quali possano essere i poteri dell'amministrazione giudiziaria e se questi comprendano anche un suo intervento di adeguamento degli assetti. Per alcuni cenni si veda L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, Milano, 2005, *passim*. Più recentemente, M. COSSU, *L'amministratore giudiziario nel procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 679.

¹³ Sul punto, anche se in termini più generali, U. MACRÌ, *Gli amministratori*, in G. DONGIACOMO, U. MACRÌ, L. NAZZICONE, E. QUARANTA, *Organi sociali, responsabilità e controlli*, Milano, 2019, 386. Ma la casistica di diritto dell'impresa potrebbe essere ancora più ampia. L'efficiente organizzazione dell'attività di impresa potrebbe assumere rilievo anche in altri contesti. Si pensi, ad esempio, agli obblighi di mantenere o istituire assetti adeguati che potrebbero essere contrattualmente assunti, nei confronti dell'affittante, da parte dell'affittuario dell'azienda.

tra l'inadempimento ed il danno, potrebbero risultare alquanto difficili nelle azioni di responsabilità fondate su carenze organizzative¹⁴. All'opposto, potrebbero essere più semplici – ma ancora una volta non per tutti allo stesso modo – allorché la mancata predisposizione degli assetti venga valorizzata solo quale «grave irregolarità nella gestione»¹⁵ ai sensi dell'attuale art. 2409 c.c. o quale «giusta causa di revoca» ai sensi degli artt. 2383 e 2400 c.c.

3. Gli assetti organizzativi: alla ricerca di una nozione

Ricapitolato il quadro normativo, è opportuno trattenerci sulla nozione.

Il codice civile non fornisce una definizione e l'ampio ricorso al predicato “adeguati”, una cartina di tornasole che fa per la prima volta ingresso nel medesimo codice¹⁶, non semplifica il compito degli interpreti. Non è facile stabilire cosa siano e quale configurazione debbano avere i predetti assetti per essere “adeguati” e la loro struttura varia, come suggerisce lo stesso art. 2381 c.c., da impresa a impresa. Non è nemmeno agevole tracciare una netta demarcazione tra gli assetti organizzativi, quelli amministrativi e quelli contabili, che in realtà si collegano tra loro.

Ma cosa sono questi “assetti”? Cosa sta dietro il concetto astratto?

Secondo le più comuni definizioni, gli assetti organizzativi avrebbero ad oggetto l'organigramma e le funzioni, in guisa da individuare le rispettive responsabilità¹⁷. Si tratta, però, di una definizione alquanto sintetica e probabilmente incapace di cogliere e descrivere il fenomeno¹⁸; per questo tornano ad essere

¹⁴ Nel corso del convegno si è giustamente sottolineato che l'assolvimento degli oneri di allegazione e dimostrazione potrebbe risultare particolarmente difficile per alcuni dei soggetti legittimati all'esperienza delle azioni. Si è fatto l'esempio del socio di minoranza o del creditore sociale. È plausibile che in siffatte situazioni i suddetti oneri possano ritenersi attenuati, in applicazione dei noti principî in tema di vicinanza della prova elaborati dalla giurisprudenza amministrativa ed ordinaria. Si veda, ad esempio, Cass. 24 giugno 2020, n. 12490, in *Giust. civ. Mass.*, 2020.

¹⁵ Sul punto Trib. Roma 15 dicembre 2017, in *Foro it.*, 2018, 5, I, 1762.

¹⁶ Si veda l'accurato studio di V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5.

¹⁷ Secondo S. MAURUTTO, A. TURCHI, *L'applicabilità della Business Judgement Rule alle scelte organizzative e ai doveri di cui all'art. 2086 c.c.*, nota a Trib. Roma 15 settembre 2020, in *IlSocietario.it* 18 febbraio 2021, «mediante la predisposizione degli assetti societari si realizza l'architettura astratta delle scelte di gestione che, una volta definite, contribuiscono a creare un presidio del “rischio di impresa” con lo scopo di inibire l'assunzione di decisioni non performanti da parte degli organi di governance proprio a causa di una sottostimata percezione del livello di rischio».

¹⁸ L'eccessiva attenzione per l'aspetto procedimentale è criticata da G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 137. Più recentemente, V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgement rule*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 69.

particolarmente utili le già ricordate Norme di Comportamento del Collegio Sindacale varate dall'OCDCEC¹⁹ ed i connessi Criteri applicativi²⁰.

Solo per completezza, si ricorda che, a loro volta, gli assetti amministrativi riguarderebbero la procedimentalizzazione dell'attività, con individuazione degli obiettivi (*budget*), mentre gli assetti contabili si risolverebbero in un efficiente sistema di rilevazione contabile, anche intermedia.

Tuttavia, si impone ancora una riflessione.

Come si è visto nel primo paragrafo, nel lessico del codice civile, in particolare nel compendio di norme che compongono lo statuto dell'imprenditore, l'organizzazione è fatta di uomini e di mezzi. Dato che, almeno sul piano sistematico, è quantomeno auspicabile che i termini mantengano (almeno) nel codice il medesimo significato, non è banale chiedersi se gli assetti organizzativi in questione non comprendano, assieme a funzioni, procedure e direttive, anche l'apprestamento ed il coordinamento dei beni atti a far sì che queste funzionino realmente²¹. D'altronde, è logico assumere che all'assegnazione di funzioni e responsabilità, ossia all'organizzazione di persone, debba accompagnarsi anche l'assegnazione delle risorse o dei mezzi per svolgerle e che l'una e l'altra debbano essere adeguate alla natura ed alla dimensione dell'impresa. Ad esempio, come sarebbe possibile curare lo smaltimento dei rifiuti speciali senza indivi-

¹⁹ Le Norme di comportamento del collegio sindacale del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili prevedono, Norma 3.4, che «il collegio sindacale vigila sull'adeguatezza e sul concreto funzionamento dell'assetto organizzativo della società. Per assetto organizzativo si intende il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità. Un assetto organizzativo è adeguato se presenta una struttura compatibile alle dimensioni della società, nonché alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale. Per le verifiche del concreto funzionamento dell'assetto organizzativo della società l'organo di controllo può avvalersi di motivate tecniche di campionamento».

²⁰ Il Criterio applicativo della Norma 3.4 così si esprime: «In via generale, un assetto organizzativo può definirsi adeguato quando presenta i seguenti requisiti, in relazione alle dimensioni e alla complessità della società, alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale: redazione di un organigramma aziendale con chiara identificazione delle funzioni, dei compiti e delle linee di responsabilità; esercizio dell'attività decisionale e direttiva della società da parte dei soggetti ai quali sono attribuiti i relativi poteri; sussistenza di procedure che assicurano l'efficienza e l'efficacia della gestione dei rischi e del sistema di controllo, nonché la completezza, la tempestività, l'attendibilità e l'efficacia dei flussi informativi generati anche con riferimento alle società controllate; esistenza di procedure che assicurino la presenza di personale con adeguata competenza a svolgere le funzioni assegnate; presenza di direttive e di procedure aziendali, loro aggiornamento ed effettiva diffusione».

²¹ Sul punto, per alcuni cenni, G. MERUZZI, *sub art. 2381*, in *Codice Civile*, commentario a cura di M. Franzoni, R. Rolli, Torino, 2018, 3393.

duare e predisporre un idoneo sito per il loro temporaneo stoccaggio? Come sarebbe possibile curare la tenuta della contabilità senza un confacente *software* gestionale o i mezzi per acquistarlo?

4. La predisposizione degli assetti organizzativi: cenni alla natura del dovere ed ai criteri impiegabili nell'adempimento (con una chiosa sull'uso di Intelligenza Artificiale)

Come si è visto, è obiettivamente difficile dare concreto contenuto al dovere di predisporre gli assetti organizzativi che, dipendendo per volontà di legge dalla natura e dalla dimensione dell'impresa, hanno una geometria necessariamente variabile.

È ancora più difficile decidere se il predetto dovere sia stato esattamente adempiuto e se, chi doveva valutare o vigilare sul suo adempimento, vi abbia o meno diligentemente provveduto.

Questo secondo tema sarà oggetto di molti altri interventi, che più e meglio se ne occuperanno. Quindi, ci si limita ad osservare che, a parere di chi scrive, la valutazione andrà condotta *ex ante* e non *ex post* ed in relazione agli specifici aspetti allegati dal promotore del giudizio e che le decisioni di merito in ordine all'adeguatezza degli assetti alla natura e dimensioni dell'impresa sono sindacabili in Cassazione²².

In questo paragrafo ci si occuperà invece brevemente della natura del dovere in questione e dei criteri e delle modalità impiegabili per darvi contenuto.

Iniziando dalla prima questione, è appena il caso di ricordare che la qualificazione del dovere ha ovvie ricadute sull'indagine concernente il suo adempimento e, giova ribadirlo, sul riparto degli oneri di allegazione e prova in sede giudiziale. La distribuzione degli oneri di allegazione, cui si collegano quelli di contestazione, è stata recentemente trattata dalla giurisprudenza di merito, che ha ritenuto parzialmente nulla, ordinandone l'integrazione, la citazione non indicante analiticamente le carenze organizzative ascritte agli amministratori destinatari di un'azione risarcitoria²³.

²² Infatti, come giustamente rilevato da S. MAURUTTO, A. TURCHI, *L'applicabilità della Business Judgment Rule alle scelte organizzative e ai doveri di cui all'art. 2086 c.c.*, nota a Trib. Roma 15 settembre 2020, cit., «il legislatore ha utilizzato come criterio di condotta (...) la clausola generale dell'adeguatezza e, quindi, una clausola elastica». Sul punto si vedano le puntuali riflessioni sistematiche ed i pertinenti rilievi giurisprudenziali di G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in AA.Vv., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da M. Irrera, cit., 41.

²³ Si veda Trib. Venezia 16 dicembre 2020 (ord.) nel giudizio *sub* R.G. 5651/2020, che ha dichiarato la nullità della citazione nella parte in cui non indicava analiticamente le carenze contestate ai convenuti nella predisposizione degli assetti.

Quanto agli oneri probatori, la questione è davvero complessa. Ci si limita ad osservare che, una volta dedotta ed allegata dall'attore la specifica carenza organizzativa, sarà il convenuto a dover dimostrare l'adempimento; onere che potrebbe risultare di difficile assolvimento in assenza di una formale tracciatura del processo decisionale e della documentazione vagliata. Questa potrebbe essere più semplice in caso di amministrazione collegiale – soccorrendo, si spera, la analitica e circostanziata verbalizzazione del processo con cui sono stati predisposti e valutati gli assetti – ma più difficile in presenza di un amministratore unico, artefice di sole determinazioni; considerazioni analoghe valgono anche per l'organo di controllo. Ci si esime dal prendere posizione sul ruolo della *Business Judgement Rule*, da altri trattato²⁴.

Com'è noto, è controverso se quello gravante sugli amministratori sia un dovere a contenuto generico²⁵ o a contenuto specifico, ancorché sia forse preferibile parlare di un dovere sì specifico, ma a contenuto aperto. Infatti, il dovere è espressamente sancito dalla legge, ma la prestazione attesa ed il suo adempimento sono determinati dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa; peraltro, dato che queste – specie le dimensioni – sono soggette a cambiamento, l'obbligo non potrà essere adempiuto una volta per tutte, ma dovrà essere periodicamente monitorato ed aggiornato. Anzi, come insegnano le scienze aziendali, il monitoraggio e gli aggiornamenti periodici – diversi indizi portano ad ipotizzare una cadenza almeno semestrale – saranno opportuni anche se natura e dimensioni dell'impresa non dovessero variare nel tempo (potendo variare, ad esempio, il quadro legislativo o i mercati).

Ma al di là di queste brevi considerazioni, mettendosi nei panni di chi è tenuto ad istituirli, valutarli e verificarli, ossia soprattutto in quelli degli organi sociali, non è facile stabilire come costruire l'assetto organizzativo e far sì che sia adeguato alla natura ed alla dimensione dell'impresa. Nemmeno è semplice per il giudice che, nel giudicarne, non potrà certo fare ricorso ad una sua propria idea di organizzazione societaria, ma dovrà reperire uno o più criteri che gli consentano di fare un esercizio guidato della sua discrezionalità giudiziale.

²⁴ Sul punto si veda, intanto, L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgement rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413. Il tema è stato recentemente affrontato da Trib. Roma 8 aprile 2020, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, 284, con nota di L. BENEDETTI, *L'applicazione della business judgement rule alle decisioni organizzative: spunti giurisprudenziali*, e in *Isocietario.it* 22 settembre 2020, con nota di F. PICCIONE, *L'applicabilità della business judgement rule alle scelte organizzative degli amministratori*.

²⁵ Così, nuovamente, G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in *AA.VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da M. Irrera, cit., 41, cui si rinvia per gli ampi richiami alle diverse costruzioni.

È plausibile che, salvo eclatanti carenze organizzative, almeno nei giudizi di cognizione il Giudice si avvarrà di una consulenza tecnica; tuttavia, resta ferma la necessità di formulare un pertinente quesito, che stabilisca i criteri di cui dovrebbe avvalersi il consulente. Come individuarli? È possibile rimettersi alla scelta del consulente o è opportuno indirizzarla? Non sembra vi siano *standard* di quesiti sedimentati, analoghi a quelli che circolano, ad esempio, in relazione agli incarichi peritali riguardanti l'osservanza degli artt. 2446, 2447 e 2486 c.c.

Per fortuna, gli uni e l'altro non si trovano al cospetto di una spazio vuoto, privo di punti di riferimento che indichino – magari anche in sede di consulenza tecnica – come riempirlo. Soccorrono, all'uopo, diverse fonti di produzione e cognizione, ormai sufficientemente condivise.

In primo luogo, hanno indubbio rilievo i criteri elaborati dalle scienze aziendalistiche, specie dagli studiosi di organizzazione aziendale e revisione. Quelli che esprimono dei criteri di buon governo societario, ma soprattutto quelli che, dopo gli studi teorici, siano stati acquisiti dal mercato e dagli operatori professionali.

Per le società quotate, entrano quindi certamente in gioco le indicazioni ricavabili dal Codice di autodisciplina che, periodicamente aggiornato, offre un'eloquente descrizione delle modalità di costruzione degli assetti²⁶. Le predette indicazioni potrebbero tornare utili anche per le società che, per quanto non quotate, abbiano grandi dimensioni. Discorso a parte andrebbe fatto per la possibilità che anche queste s.p.a. non quotate traggano dal t.u.f. e dalla normativa secondaria delle indicazioni che, per quanto ovviamente per esse non cogenti, possano guidare la costruzione e la valutazione dell'assetto organizzativo. Lo spontaneo utilizzo delle siffatte "regole" da parte delle società non quotate è favorito dal fatto che si discute, comunque, di presidi che paiono anche di *governance* e non solo di mercato. Inoltre, offre un indubbio vantaggio: si tratta, infatti, di regole di che esprimono *standard* di sicuro valore ed in occasione di uno scrutinio, anche giudiziale, sarebbe davvero difficile contestare l'adeguatezza degli assetti che vi si ispirassero. Semmai, la questione attiene ai costi e, più in generale, alla sostenibilità; se ne riparerà appresso.

Per le altre società, le cui dimensioni siano più modeste, potrebbero assumere rilievo le regole aziendalistiche e le prassi operative elaborate dalle organizzazioni di categoria dei professionisti che prestano consulenza alle imprese.

²⁶ Si pensi, ad esempio, al servizio di *Internal Auditing* previsto dall'art. 6 del Codice di autodisciplina 2020. Sul punto, anche se con riferimento alla precedente edizione del Codice di autodisciplina, M. IRRERA, E. FREGONARA, *I sistemi di controllo interno*, in AA.Vv., *Il diritto del governo delle imprese*, diretto da M. Irrera, Torino, 2020, 557.

Tra questi, il Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, l'Organismo Nazionale dei Professionisti della Sicurezza, l'Associazione dei componenti degli organi di vigilanza, l'Associazione italiana Internal Auditors e via dicendo.

Un'altra indicazione può ricavarsi dal fatto che in tutte le società, di qualunque dimensione, sarà necessario adottare un assetto organizzativo idoneo all'osservanza delle disposizioni di legge in materie assolutamente trasversali.

Ad esempio, in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, l'assetto dovrà comprendere il modello di organizzazione e di gestione previsto dall'art. 30 d.lgs. n. 81 del 2006; in materia di riciclaggio, dovrà considerare le prescrizioni del d.lgs. n. 231 del 2007; in materia di *privacy*, le prescrizioni del d.lgs. n. 231 del 2007. È in parte diverso, ma comunque simile, il richiamo al modello previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001²⁷.

Quanto al modo di costruzione degli assetti, si è visto che questi si sostanziano principalmente in direttive e procedure, che sarà bene formalizzare.

È stata recentemente avanzata l'idea che, anche alla luce della continua evoluzione – anche tecnologica – cui sono soggetti i principî di corretta amministrazione, nella predisposizione degli assetti si possa o, persino, si debba fare impiego degli strumenti di intelligenza artificiale, avvalendosi di algoritmi sufficientemente conosciuti dagli amministratori²⁸. Si è detto che questi potrebbero essere utilmente applicati per sterilizzare i processi decisionali che richiedano una motivazione rafforzata, come nei casi previsti dagli artt. 2391 e 2391-*bis* c.c. Tuttavia, è evidente che si tratterebbe di una soluzione virtuosa ma non strettamente necessaria, sicché l'assetto, forse più amministrativo che organizzativo, potrebbe ritenersi adeguato anche in assenza dell'impiego dell'intelligenza artificiale²⁹.

²⁷ In merito al rapporto tra il modello previsto dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001 e gli assetti adeguati si veda C. PRESCIANI, *Il modello organizzativo ex artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, 730. Per alcuni interessanti rilievi, V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 633.

²⁸ Così N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Il diritto societario incontra il diritto dell'informazione. II. Corporate governance e Corporate Social Responsibility*, in *Riv. soc.*, 2020, 1363, a p. 1379, che la raccomandano per le imprese operanti in "mercati complessi". Si veda anche M.L. MONTAGNANI, *Intelligenza artificiale e governance della nuova grande impresa azionaria: potenzialità e questioni endoconsiliari*, in *Riv. soc.*, 2020, 23.

²⁹ La fiducia nutrita dal legislatore verso l'impiego degli strumenti di intelligenza artificiale nel governo dell'impresa è indirettamente confermata dall'art. 3 d.l. 118 del 2021, che consente agli imprenditori di accedere, tramite una piattaforma telematica, ad un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento.

5. Assetti organizzativi e *corporate governance*

Si è recentemente affacciata un'altra questione, di cui si può dare qui conto perché comunque indipendente dalla riforma dell'art. 2086 c.c.

In sintesi, ci si è chiesti quale rapporto corra tra gli assetti organizzativi ed il concreto modello di *corporate governance* adottato nella società e se anche il secondo costituisca un elemento della complessiva organizzazione dell'impresa societaria.

Quale corollario, ci si è anche domandati se, nell'apprestare gli assetti, gli amministratori debbano valutare anche l'adeguatezza della *governance* alla natura ed alla dimensione dell'impresa e, nel caso la ritenessero inadeguata, se questi debbano promuoverne l'adeguamento, sottoponendo all'assemblea delle loro proposte di variazione dell'attuale *governance* e persino la modifica dello statuto.

Come giustamente sottolinea l'Autore recentemente occupatosi del tema³⁰, una simile conclusione è suggerita, almeno per le società a statuto speciale, dalle convergenti indicazioni ricavabili dalla disciplina di settore. Anzitutto, per le imprese bancarie, dalle "Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche", poi, per gli emittenti, dal già ricordato "Codice di autodisciplina delle società quotate" (edizione 2020).

Quest'ultimo, in particolare, nel descrivere il "Ruolo del Consiglio di amministrazione" prevede all'art. 1.1, che l'organo «*definisce il sistema di governo societario più funzionale allo svolgimento dell'attività dell'impresa e al perseguimento delle sue strategie, tenendo conto degli spazi di autonomia offerti dall'ordinamento. Se del caso, valuta e promuove le modifiche opportune, sottoponendole, quando di competenza, all'assemblea dei soci*». Sono altrettanto eloquenti l'art. 1.2, e l'art. 4.

L'indicazione è troppo netta e la fonte troppo prestigiosa per essere trascurate ed il rilievo va, quindi, attentamente considerato. Sorgono, però, alcuni interrogativi.

Anzitutto, se le scelte statutarie, che costituiscono un tratto sempre più caratterizzante il diritto societario, non debbano invece essere immuni da qualsiasi limite all'autonomia privata; almeno da quelli che non siano giustificati dalla tutela di altri concorrenti diritti, come per le società a statuto speciale, o dal tipo societario prescelto, come nel caso della necessaria presenza di un organo collegiale di controllo nella s.p.a.

³⁰ Sul punto si veda il recente saggio di M. STELLA RICHTER jr., *Profili attuali dell'amministrazione delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 416, a p. 427, cui si rinvia anche per il puntuale richiamo ad altri scritti.

In secondo luogo, se il ragionamento – maggiormente calzante la realtà delle società quotate – possa essere esteso anche alle altre società ed a quali tipi. La questione è perlomeno dubbia, anche se appare, invece, certa l'utilità che potrebbe derivarne. Si pensi, ad esempio, alla scelta tra le opzioni, per nulla indifferenti, previste dall'art. 2477 c.c. per l'organo di controllo nella s.r.l. Si pensi ancora e più coerentemente, alle plausibili ed avvertite esigenze di rafforzamento della *governance* delle s.r.l. che scelgano di rivolgersi al mercato di capitali. Il tema è complesso e non solo in rapporto all'effettiva sostenibilità.

In terzo luogo, ci si domanda cosa accada e quale reazione possa avere l'organo amministrativo allorché le sue proposte di modifica dello statuto, che di fatto postulano il convincimento della sua inadeguatezza, non siano approvate dall'assemblea. La questione è oltremodo delicata, specie allorché si ragioni in termini rapporti con i soci di minoranza o di successive azioni di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e controllo introdotte ai sensi degli artt. 2393-*bis* e 2394 c.c.

6. Assetti organizzativi e tipi societari: una questione ancora aperta?

Come si è detto, sono noti i dubbi sollevati, prima delle modifiche introdotte nell'art. 2475 c.c. dal d.lgs. n. 14 del 2019, in merito all'applicabilità della disciplina degli assetti alla s.r.l. È ora di aggiungere che, per quanto sia alquanto comune l'idea che, sino a quel momento, la predetta disciplina non potesse essere estesa al di fuori della s.p.a.³¹, l'affermazione non convinceva sino in fondo.

Anzitutto perché, già all'indomani della riforma del 2003, parte della dottrina³² aveva sostenuto che l'intero art. 2381 c.c. esprimesse delle regole, sostanziali e procedurali, di valore trans-tipico³³ e potesse applicarsi anche alle s.r.l., almeno a quelle gestite da un consiglio di amministrazione. Poi perché è sì vero che l'art. 2477 c.c. demanda allo statuto l'individuazione delle funzioni dell'organo di controllo³⁴, ma tra gli operatori – e non solo tra essi – è ricorrente l'idea

³¹ Così, ad esempio, G. ZANARONE, *sub art. 2475*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, Milano, 2010, 961.

³² Così M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 306.

³³ Per una ricostruzione del dibattito, A. MIRONE, *sub art. 2475*, in *S.R.L.*, commentario dedicato a G.B. Portale, Milano, 2011, 542. Più recentemente, M. IRRERA, M. SPIOTTA, M. CAVANNA, *Gli obblighi e i doveri*, cit., 241.

³⁴ Quanto alle funzioni svolte dal collegio sindacale nella s.r.l. si veda, in relazione al quadro antecedente il d.lgs. n. 14 del 2019, P. BENAZZO, *I controlli nella società a responsabilità limitata: singolarità del tipo od omogeneità della funzione?*, in *Riv. soc.*, 2010, 18. Si veda anche il recente saggio

che, nel caso di organo sindacale, anche di sindaco unico, gli siano connaturali le funzioni di vigilanza, anche sugli assetti, previste dall'art. 2403 c.c.³⁵.

Per converso, anche oggi l'estensione della disciplina degli assetti alla s.r.l. non è scontata e potrebbe sembrare troppo ampia. Il nuovo art. 2475 c.c., nel testo modificato dal d.lgs. n. 14 del 2019, prevede all'ultimo comma che l'art. 2381 c.c. si applichi alla s.r.l. munite di consiglio di amministrazione «*in quanto compatibile*». D'altronde, proprio per questo, lo stesso art. 2475 c.c. stabilisce, al primo comma, che l'unico assetto irrinunciabile, la cui predisposizione è peraltro di esclusiva spettanza degli amministratori, sia quello preteso dall'art. 2086, secondo comma, c.c.³⁶ Quindi, dato per certo che non è detto che l'art. 2381 c.c. si applichi *in toto* a tutte le s.r.l., si rimette all'interprete il compito di esprimere un giudizio di compatibilità ricorrendo a dei corrispondenti criteri.

Il tema è obiettivamente troppo complesso per occuparsene in questa relazione. Tuttavia, tra questi criteri dovrebbe esserci la “sostenibilità” di quell'apparato di regole, ad iniziare da quelle che, seppur temperate dal richiamo alla “natura e dimensione”, impongono la costruzione ed il mantenimento degli assetti da parte dell'impresa.

Il tema della “sostenibilità” induce a riflettere sul fatto che, in fondo, si tratta di regole che in vario modo hanno a che fare con la libertà di iniziativa economica privata tutelata dall'art. 41 della Costituzione. Come da taluno rilevato³⁷, ciò imporrebbe di impiegare i criteri della “proporzionalità” e della “ragionevolezza” nel valutarne l'adempimento.

di F. INNOCENTI, *Composizione e nuovi doveri/poteri dell'organo di controllo e de revisore nella s.r.l., tra vecchi e nuovi interrogativi*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 145.

³⁵ Si veda il Punto 1 delle “Linee guida per il Sindaco Unico” (edizione 2015) elaborate da OCDEC.

³⁶ Tema recentemente indagato, con utili distinzioni concettuali, da R. SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di “ingerenza gestoria” dei soci*, in *Riv. soc.*, 2020, 1453.

³⁷ Così G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da M. Irrera, cit., 53, cui si rinvia anche per i rilievi in merito alla sindacabilità del rispetto del precetto costituzionale. La questione è stata recentemente ripresa, soprattutto in relazione all'art. 2086 c.c., da V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgement rule*, cit., 79.

Gli assetti organizzativi adeguati in una prospettiva storica

SOMMARIO: 1. La *ratio* del requisito degli assetti organizzativi adeguati. – 2. Anticipazione del rilievo della crisi: l'insufficiente funzione del capitale sociale. – 3. Gli assetti indicati nell'art. 2381 c.c. – 4. La competenza all'istituzione degli assetti organizzativi. – 5. Il sindacato di adeguatezza degli assetti e la *business judgement rule*. – 6. Conclusioni.

1. La *ratio* del requisito degli assetti organizzativi adeguati

La rilevanza della dimensione organizzativa entra nel diritto societario comune a seguito della riforma del 2003.

I principî di corretta amministrazione, elaborati a livello aziendalistico e recepiti dapprima da ordinamenti di settore, sono poi rifluiti nel codice civile, in un percorso evolutivo segnato dalla consapevolezza del ruolo decisivo dell'organizzazione ai fini del corretto svolgimento dell'impresa.

Si tratta di concetti tutt'altro che astratti; come tali, esigono, in concreto, organismi adeguati alla gestione del rischio di impresa: il passaggio dal principio di corretta amministrazione a quello degli assetti organizzativi adeguati è stato, quindi, più che breve. L'influenza delle leggi speciali di settore sull'ordinamento societario di diritto comune si percepisce ad esempio, nella formulazione letterale dell'art. 149, lett. *b*), t.u.f., che costituisce il più significativo precedente: stabilendo, al primo comma, che il collegio sindacale vigila sull'adeguatezza della struttura organizzativa, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile, nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione: compiti, che ritroviamo poi nella disciplina codicistica del collegio sindacale (art. 2403 c.c.)¹.

¹ Il principio di corretta amministrazione è particolarmente rilevante nella disciplina delle banche. Gli artt. 53, primo comma, e 67, primo comma, t.u.f. prevedono, nel disciplinare il potere dell'autorità di vigilanza, che la Banca d'Italia emani disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto il contenimento del rischio, il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché il sistema di controllo interno.

Un ulteriore precedente può essere considerato il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*), il cui art. 6 prevede che la persona giuridica possa esonerarsi dalla responsabilità amministrativa connessa con reati posti in essere nel suo interesse dalla propria struttura di vertice, quando provi che l'organo dirigente ha adottato ed attuato efficacemente, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quelli verificatisi.

Anche in materia di prevenzione del rischio-reato, infatti, esiste un dovere di organizzare la propria impresa: con la differenza che, mentre l'adozione di un modello di organizzazione e gestione non è obbligatorio per l'ente (che può anche decidere di esporsi al rischio da reato), per contro, l'imprenditore collettivo ha il dovere di dotarsi di un assetto organizzativo adeguato (artt. 2381 e 2086, cpv., c.c.)

Anche norme regolamentari e codici individuali e collettivi di autodisciplina trattano dell'adeguatezza, riempiendo di contenuti quella che è una mera enunciazione di principio.

Come si legge nella circolare dell'Assonime dell'agosto 2019, il sintagma "assetto organizzativo" *«fa riferimento agli aspetti statico-strutturali dell'organizzazione dell'impresa, nel senso di configurazione di funzioni e competenze (funzionigramma), poteri e responsabilità (organigramma); gli assetti amministrativi fanno riferimento ad una dimensione dinamico-funzionale dell'organizzazione, intendendosi per tale l'insieme delle procedure e dei processi atti ad assicurare il corretto e ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle loro singole fasi. Gli assetti contabili sono quella parte degli assetti amministrativi volti ad una corretta traduzione contabile dei fatti di gestione sia ai fini di programmazione sia ai fini di consuntivazione»*.

Prioritaria, nello schema normativo, si palesa l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, nella quale rientrano anche le altre *species* di assetto: come si può desumere anche dall'art. 3 cpv. c.c.i.i. (*Doveri del debitore*), che non ripete l'usuale formula ternaria, ma si limita a prescrivere il solo assetto organizzativo adeguato, a carico dell'imprenditore collettivo, ritenuto, evidentemente, onnicomprensivo.

Esso può essere riassuntivamente definito come l'insieme di procedure, direttive e prassi operative volte a garantire che la *governance* societaria eserciti correttamente ed in modo efficace la propria attività; e dev'essere valutato con riferimento all'organigramma del personale, agli uffici e macchinari impiegati, alla precisa indicazione delle funzioni, dei poteri e deleghe di firma.

Un'unità imprenditoriale è adeguatamente organizzata quando esistano un criterio gerarchico, un coordinamento delle diverse attività e mansioni; e pos-

sibilmente, un livello di specializzazione e di standardizzazione produttiva, di regole di condotta e un sistema informativo, come presupposto per le decisioni; nonché un sistema di controllo sia formale, per quanto riguarda l'osservanza delle regole, sia sostanziale, per l'efficace impiego delle risorse.

A seconda del tipo di impresa potrebbe essere necessari anche una direzione per la pianificazione (l'art. 2381, terzo comma, c.c. parla di piani strategici industriali, esaminati dal consiglio di amministrazione) e un efficiente circuito informativo².

Allo stato attuale della normativa, il principio di adeguatezza organizzativa è un fondamento del diritto societario: come tale, applicabile anche alle società in mano pubblica, in base al richiamo generale di cui all'art. 1, terzo comma, t.u.s.p. (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175).

Si è andato, così, progressivamente affermando l'orientamento secondo cui il monitoraggio del generale andamento della gestione, mediante una periodica informazione sulla situazione patrimoniale, si deve realizzare in modo continuo e sistematico, e non solo in presenza di uno stato patologico dell'impresa. L'idea di fondo, definitivamente consacrata nel codice della crisi, è quella dell'emersione anticipata della crisi e della predisposizione di un adeguato assetto per tale scopo: onde, l'attenzione alla continuità aziendale, tenuto conto della ciclicità delle crisi, deve essere un *continuum*, non limitato alla fase crepuscolare della preinsolvenza.

Sotto questo profilo, il legislatore ha voluto rendere speciale quello che in precedenza era un dovere di carattere generale, in cui era il giudice a dover individuare la regola del caso concreto; ed il criterio di adeguatezza degli assetti costituisce uno dei casi più evidenti di ricorso alla tecnica della clausola generale; che, nella specie, si traduce in un riferimento a prassi operative di buona gestione.

Si è consolidato, in tal modo, il convincimento che vi sia una correlazione tra adeguatezza degli assetti e migliore gestione del rischio di impresa. Al riguardo, si consideri che la società può incorrere in rischi di diversa natura; anzi, secondo la dottrina economica aziendale, l'impresa è, in sé, un sistema di rischi connessi: oltre al connaturale rischio economico, sussistono, ad esempio, il rischio da reato (d.lgs. n. 231 del 2001), il rischio da trattamento dei dati personali (*General Data Protection Regulation*), il rischio in ambito sicurezza e sul lavoro (d.lgs. n. 81 del 2008), il rischio reputazionale, ecc.

² Per le imprese bancarie l'insufficienza dell'assetto organizzativo può comportare il rifiuto di autorizzazione della Banca d'Italia o addirittura l'applicazione di sanzioni (una delle più frequenti censure nei rapporti ispettivi è proprio l'inadeguatezza dell'organizzazione degli uffici).

Prescrivendo la doverosità dell'istituzione di assetti adeguati, il legislatore si è ingerito per la prima volta nella disciplina della struttura della società, ritenuta tradizionalmente monopolio dell'autonomia privata; e ciò ha fatto al duplice scopo di promuovere l'efficienza e di consentire la rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa. La congiunzione “*anche*”, contenuta nel novellato art. 2086 cpv. c.c., dà conto della strumentalità degli assetti adeguati non solo a quest'ultimo scopo, espressamente dichiarato, ma pure, implicitamente, agli ordinari obbiettivi di massimizzazione del lucro oggettivo.

2. Anticipazione del rilievo della crisi: l'insufficiente funzione del capitale sociale

La prevenzione tempestiva della crisi presuppone flussi informativi endo-societari tra gli organi della struttura operativa, accentuando il dovere di questi ultimi di riconoscerne tempestivamente i sintomi premonitori, così da evitare l'insorgere dell'insolvenza.

Non si tratta dell'enunciazione di generiche regole di buona amministrazione; bensì, di veri e propri doveri giuridici, con la correlata responsabilità, connessa al monopolio del potere gestorio attribuito all'amministratore *ex art. 2380-bis c.c.*

Nelle società di persone, i soci sono illimitatamente responsabili; e dunque i creditori fanno affidamento anche sul loro patrimonio personale, oltre che su quello dell'impresa: onde, gli interessi dei soci e quelli dei creditori sono tendenzialmente allineati.

Viceversa, nelle società in cui soci godono del beneficio della responsabilità limitata, il problema è più complesso, perché il patrimonio personale è protetto contro le pretese dei creditori sociali, ed il rischio limitato al solo capitale sottoscritto. In tale situazione, l'interesse dei creditori ad ottenere il pagamento integrale del debito imporrebbe all'impresa una gestione prudente e perfino di anticipare l'emersione della crisi, attivandosi per una soluzione negoziale. I soci però non hanno ormai più nulla da perdere, grazie al beneficio della responsabilità limitata, e potrebbero essere quindi tentati di intraprendere attività che risolvano le sorti dell'impresa, anche se con basse possibilità di successo.

Quanto più si approssimi l'insolvenza, tanto più i soci sono incentivati a scommettere su operazioni rischiose: di qui, secondo la cosiddetta *duty shifting doctrine*, si realizza uno scivolamento del dovere degli amministratori verso la tutela dei creditori, piuttosto che della società³.

³ Questo aspetto è enfatizzato nel Regno Unito nel *wrongful trading* di cui all'art. 214 *Insolvency act*, che configura la responsabilità degli amministratori nella fase crepuscolare dell'impresa (*twilight zone*).

Tradizionalmente il sistema di prevenzione si è basato sulla riduzione del capitale per perdite; ma si è palesato non del tutto efficiente, perché passa attraverso il bilancio; mentre, la crisi dell'impresa, e *a fortiori* l'insolvenza emergono più chiaramente da un *test* dei flussi di cassa.

L'istituto del capitale nominale, del resto, è sempre più screditato.

Da parte della dottrina si è perfino posta in dubbio la persistente utilità delle regole al riguardo formulate nei paesi dell'Unione Europea, a partire dalla seconda direttiva in materia societaria (1977/91/CEE, rifiuta, con emendamenti, dalla direttiva 2012/30/UE); e si sostiene che sarebbero più funzionali agli scopi di protezione dei creditori *solvency tests*, meno complessi e costosi⁴.

Vi ha concorso la convinzione che la disciplina del capitale sociale, e soprattutto delle norme che esigono che quest'ultimo corrisponda ad una somma fissa – il cui minimo è stabilito dalla legge – e richiedono dagli amministratori e soci precisi interventi ove il netto si riduca al di sotto di questa cifra, sia fonte di costi eccessivi, soprattutto per le imprese di minori dimensioni.

A tale svalutazione ha pure contribuito la vicenda legislativa che, tra il 2012 ed il 2015, ha condotto all'introduzione di norme che permettono alla s.r.l. di costituirsi con capitale anche di un solo euro (s.r.l. semplificata, artt. 2463, quarto comma, e 2463-bis, comma 2, n. 3 c.c.); alla diminuzione da € 120.000 ad € 50.000 del capitale minimo delle s.p.a. e s.a.p.a. (art. 2327 c.c., così emendato dal d.l. 24 giugno 2014, n. 91); al congelamento, per effetto del deposito della domanda di concordato preventivo, o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, delle disposizioni in tema di riduzione del capitale per perdite (art. 182-sexies l. fall., introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83); alle regole sulle *start-ups* e sulle PMI innovative, che consentono di riferire alla chiusura dell'esercizio successivo l'applicazione degli artt. 2447 e 2482-ter (art. 26, primo comma, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 e art. 4, comma 9, d.l. 24 gennaio 2015, n. 3).

Tra le varie funzioni che in astratto possono riconoscersi all'istituto del capitale sociale, soltanto la funzione c.d. organizzativa, e cioè di misuratore di diritti e poteri corporativi dei soci, non sembra essere stata toccata dalle modifiche normative degli ultimi anni.

Per contro, sia la funzione di garanzia, sia la funzione di produttività si sono offuscate gravemente a seguito di norme che, da un lato, permettono che la società (s.r.l., soprattutto) sia costituita con una dotazione patrimoniale, quand'anche non simbolica, comunque inidonea a rappresentare un credibile supple-

⁴ Sulla questione è nota la *querelle* che ha opposto di Luca Enriques e Jonathan Macey (nello scritto *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 2002, 1, 78) a Francesco Denozza.

mento di garanzia per i creditori, come pure a munire l'ente di mezzi propri per svolgere, in combinazione con mezzi forniti da terzi, l'attività dell'oggetto sociale; dall'altro lato, consentono che l'impresa continui nella veste societaria originaria, benché per un periodo di tempo limitato, ad onta della perdita anche integrale delle risorse che i soci si erano impegnati a mantenere stabilmente asservite all'attività sociale, nella conclamata insufficienza di valori capaci di garantire il ceto creditorio.

Tanto meno il capitale, anche per la sua normale esiguità, funge più da campanello d'allarme o da cuscinetto di sicurezza idoneo ad impedire che il passivo divenga superiore all'attivo e che le ragioni dei creditori siano quindi compromesse da un'attività, a quel punto, in grado non di creare, ma solo di consumare ricchezza.

Viene quindi a mancare la profilassi del dissesto (*l'inutil precauzione*, come la definisce d'Alessandro) e si verifica, per contro, la traslazione sui creditori del rischio d'impresa; mentre, i soci si vedono riconosciuta la possibilità di continuare a svolgere l'attività, conservando a sé l'eventuale profitto, senza rischiare alcunché del proprio patrimonio, stante l'irrisorietà del capitale sociale sottoscritto.

Lo svuotamento della funzione del capitale non è circoscritto alla s.r.l. – alla quale, del resto, i principî della seconda direttiva non si applicano – ma è certo particolarmente vistoso in essa⁵.

A fronte dell'indebolimento della funzione del capitale sta l'indubbio rafforzamento della responsabilità degli amministratori, che dovrebbero farsi garanti nei confronti dei terzi della sostenibilità delle operazioni intraprese, eventualmente asseverando il cosiddetto *solvency statement*.

Meritano di essere valorizzate, sotto questo profilo, le norme che elevano al rango di principio portante del sistema il dovere di amministrare con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle proprie specifiche competenze (art. 2392 c.c.), di agire in modo informato (art. 2381, sesto comma, c.c.), e soprattutto di curare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società (art. 2381, commi 3 e 5, c.c.); nonché, di rispettare le regole della corretta amministrazione (cfr. art. 2403, primo comma, c.c.) e della corretta gestione societaria e imprenditoriale (art. 2497, primo comma, c.c.).

È in atto, quindi, la tendenza alla sostituzione di una tutela *ex ante*, di tipo reale – garantita dalle norme sul capitale che impongono di munire la società di una data dotazione patrimoniale e di conservarla – con una tutela *ex post* di carattere obbligatorio, derivante dai doveri degli amministratori, forieri di respon-

⁵ Le s.r.l. costituivano il 97% di tutte le società di capitali al 31 dicembre 2014 (rilevazione statistica ad opera dell'Osservatorio del diritto societario della Camera di Commercio di Milano).

sabilità: doveri, tra cui l'art. 2381 c.c., novellato dalla riforma del 2003, ha espressamente aggiunto l'istituzione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

In questo senso si erano già mossi ordinamenti stranieri come quello tedesco e quello belga, al dichiarato scopo di promuovere l'imprenditoria giovanile; oltre che al fine inespresso di sostenere la competizione con gli ordinamenti dell'Unione Europea, favorita dalle sentenze della Corte di giustizia (*Centros*, *Uebersee-ring*), in modo da contrastare il rischio di fuga delle imprese verso sistemi meno rigorosi in materia.

3. Gli assetti indicati nell'art. 2381 c.c.

Spetta, come detto, al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*) di aver introdotto nel novellato art. 2381 c.c. (*Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati*), per la prima volta in termini espliciti, il requisito degli assetti organizzativi, finanziari e contabili adeguati per la s.p.a. ordinaria.

È da notare che in tale norma il legislatore si è preoccupato di ripartire espressamente i compiti tra organi deleganti e delegati soltanto in relazione all'adeguatezza degli assetti: agli organi delegati compete di curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sia adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa (art. 2381, quinto comma, c.c.); al *plenum* consiliare delegante di valutarne l'adeguatezza (*ibidem*, terzo comma).

La vigilanza sull'adeguatezza di tali assetti spetta, infine, al collegio sindacale (art. 2403, primo comma, c.c.) o, nei sistemi alternativi, dualistico e monistico, rispettivamente al consiglio di sorveglianza (art. 2409-*terdecies*, primo comma, lett. c, c.c.) ed al comitato per il controllo sulla gestione (art. 2409-*octiesdecies*, sesto comma, lett. b, c.c.).

Dal complesso di queste disposizioni emerge chiaramente che gli assetti in questione sono intesi come il *quid proprium* dell'attività imprenditoriale: conclusione, del resto, già ricavabile, in tesi generale, dall'art. 2082 c.c., che parla di attività economica organizzata.

In un'epoca di globalizzazione in cui l'interconnessione dei fenomeni economici su scala mondiale produce incontrollabili effetti di propagazione da un mercato all'altro, la crisi di impresa ben può dipendere da fattori in nessun modo imputabili a *mala gestio* degli amministratori. Questi però devono essere in grado di percepire tempestivamente i sintomi della crisi e reagire in modo adeguato. Pertanto, devono predisporre strumenti organizzativi che consentano loro di ve-

nire tempestivamente a conoscenza dell'avvicinarsi dello stato di crisi o di squilibrio finanziario destinato a sfociare nell'insolvenza; e soprattutto devono valutare la continuità aziendale, premessa per il conseguimento dell'oggetto sociale.

La legislazione dell'Unione Europea, allo scopo di consentire il risanamento delle società in crisi, anticipa l'area della legge concorsuale a situazioni antecedenti alla vera e propria insolvenza, vale a dire a situazioni in cui l'insolvenza è probabile, ma non attuale.

Anche l'ordinamento italiano si sta muovendo nella direzione di altri ordinamenti, anticipando i doveri degli amministratori di proteggere i creditori e tentare il salvataggio dell'impresa in un momento antecedente l'insolvenza, nella fase di crepuscolo.

Gli amministratori devono organizzare, perciò, le imprese in maniera tale da rilevare tempestivamente il pericolo di insolvenza, attivandosi per porre rimedio alla crisi stessa.

È plausibile sostenere che la perdita di continuità debba essere presa in considerazione dagli amministratori prima ancora del suo manifestarsi, quale contenuto dell'alta amministrazione che si esercita mediante la pianificazione strategica. In senso contrario, non si potrebbe addurre che l'art. 2381, terzo comma, prevede che il consiglio di amministrazione esamina i piani strategici, industriali e finanziari «*quando elaborati*»; e ciò, per escludere una doverosità della pianificazione, dal momento che la redazione di tali piani appare obbligatoria, quale manifestazione del dovere di diligenza. E peraltro l'anticipata pianificazione è già insita nel concetto di continuità elaborato dalla scienza aziendalistica, come condizione nella quale l'impresa può sussistere, quale entità operativa in un prevedibile futuro.

La pianificazione strategica non è quindi estranea agli adeguati assetti organizzativi: con la conseguenza che l'organo gestorio avrebbe il dovere di predisporre interventi da adottare in un prevedibile futuro scenario di crisi, prima ancora che questa sia in atto, come riflesso specifico del dovere di adozione di assetti adeguati organizzativi (correlazione tra questi e la programmazione).

Resta inteso che lo spirito di iniziativa imprenditoriale non deve essere imbrigliato in sistemi di controllo, bensì integrato da un dovere specifico, anche se non a contenuto determinato, di pianificazione degli interventi per l'ipotesi di crisi⁶.

⁶ Il principio della pianificazione degli interventi di risanamento in un'eventuale scenario di crisi è affermato all'art. 69-*quater* t.u.b., introdotto dal d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181, di attuazione della Direttiva Ue del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, n. 59, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento. È previsto

Per l'effetto, acquistano sempre più rilevanza i profili concernenti l'organizzatore interna della società, intesa come struttura aziendale, sottostante al livello superiore degli organi di amministrazione e controllo; e si supera l'impostazione del diritto societario anteriore alla riforma del 2003, nel quale il profilo organizzativo era limitato ai rapporti interorganici.

Un aspetto non citato espressamente nell'art. 2381 c.c. (e nemmeno nel secondo comma dell'art. 2086 c.c., introdotto dal c.c.i.i.) è l'adeguatezza dell'assetto patrimoniale.

La sottocapitalizzazione formale, prima dell'iscrizione della società di capitali, provoca l'invalidità dell'atto costitutivo; dopo l'iscrizione, l'art. 2332, primo comma, n. 3 c.c. sancisce la nullità solo se manchi ogni indicazione relativa al capitale sociale. Si è parlato, in dottrina, di pandemia di sottocapitalizzazione, con terminologia involontariamente profetica. Ma la vera garanzia per i creditori è il patrimonio netto, più che il capitale, ridotto a mera parvenza in certi tipi di società di capitali.

Altro assetto non menzionato nell'art. 2381 c.c. è quello tecnico (comprendente, ad es., la dotazione di processore e programmi informatici adeguati, l'adozione di idonee misure protettive per dipendenti e terzi ecc.): assetto, definito la nuova frontiera della responsabilità degli amministratori e che pure dovrebbe intendersi implicitamente ricompreso nell'ampia nozione di assetto organizzativo.

L'adeguatezza dell'assetto tecnico viene in rilievo sulla base di varie leggi speciali. L'art. 118 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, *Codice del consumo*, che recepisce una direttiva comunitaria in tema di responsabilità per prodotti difettosi, esonera da responsabilità il produttore che abbia messo in circolazione un bene poi rivelatosi difettoso, se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui bene è stato messo in circolazione non permetteva di considerare il prodotto come difettoso. Il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 – in materia di tutela della salute della sicurezza nei luoghi di lavoro – all'art. 15 pone come misura generale di tutela *«l'eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, la loro riduzione al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico»*.

Il principio generale sotteso è che vi sono regole che impongono all'imprenditore l'onere di acquisire il massimo di conoscenze in ordine alle questioni scientifiche e tecniche per la protezione della salute e dell'ambiente e che dunque vi è uno stretto rapporto fra adeguatezza tecnica e responsabilità dell'impresa. All'adeguatezza tecnica fa implicitamente riferimento anche il Regolamento sulla

infatti che le banche adottino piani di risanamento al manifestarsi di determinati eventi in grado di mettere in pericolo la sostenibilità economica della banca: piani, adottati durante l'attività di gestione, prima che si manifestino i sintomi di crisi.

gestione collettiva del risparmio emanato dalla Banca d'Italia il 14 aprile 2005, che richiama l'efficienza e la sicurezza delle tecnologie informatiche impiegate.

In sintesi, rientra nei doveri degli amministratori il principio di precauzione, tendente a tutelare le aspettative in tema di sicurezza, delle libertà fondamentali, e in particolare della salute, così da poter monitorare costantemente il rischio tecnologico. In questo senso, l'art. 2088 c.c. (*Responsabilità dell'imprenditore*), pur se abrogato nella parte in cui richiama l'ordinamento corporativo, sancisce un principio generale di responsabilità dell'imprenditore – e, di conseguenza, la limitazione del suo potere discrezionale – che può ritenersi valido alla luce di nuovi principi dell'ordinamento costituzionale.

4. La competenza all'istituzione degli assetti organizzativi

L'art. 2381, quinto comma, c.c. non è inderogabile: e quindi, gli assetti potranno essere costituiti dal consiglio di amministrazione nella sua interezza; e, ove esistano più organi delegati, come ad esempio un'amministrazione delegata e un comitato esecutivo, funzioni e responsabilità avranno carattere solidale: e la solidarietà riguarderà anche gli organi deleganti che devono valutare l'adeguatezza degli assetti (art. 2381, terzo comma, c.c.), oltre agli organi di controllo investiti del dovere di vigilanza (art. 2403 c.c.).

La competenza esclusiva degli amministratori *ex artt. 2380-bis e 2475 c.c.* concerne, peraltro, *in parte qua*, l'organizzazione aziendale, e non pure l'organizzazione corporativa della società, che può essere definita solo dallo statuto.

Dopo la pubblicazione del decreto correttivo 20 ottobre 2020, n. 147, la competenza esclusiva degli amministratori in materia di gestione aziendale è rimasta nella s.p.a., ma non nella s.r.l.: laddove l'istituzione degli assetti rientra sempre e solo nella competenza degli amministratori (soluzione, peraltro, già anticipata dalla dottrina). Deve ritenersi preclusa, pertanto, la delega verso il basso, in materia di assetti: ciò che facilita la chiara individuazione dei responsabili di un'adeguata organizzazione, che sono sempre gli amministratori e non pure i soci (ad esempio, nella s.r.l.).

Dalla perentorietà della previsione normativa sembra altresì doversi desumere che l'esercizio del potere organizzativo non può farsi dipendere dagli esiti di un previo esame assembleare, se non al prezzo di violare la competenza funzionale degli amministratori.

Resta il rilievo già messo in evidenza che il dovere di curare gli assetti, benché specifico, resta a contenuto aperto: cosicché gli amministratori sarebbero tenuti a formalizzare l'adozione di un modello organizzativo, ma non a sceglierne uno in particolare.

5. Il sindacato di adeguatezza degli assetti e la *business judgement rule*

L'introduzione nell'ordinamento delle società del canone di adeguatezza degli assetti organizzativi costituisce una riprova della tendenza del legislatore a tradurre in norme giuridiche principi della scienza aziendalistica, elaborati anche da associazioni di categoria, o desunti da codici di autodisciplina, che ne riducono il margine di indeterminazione, senza però eliderlo del tutto, costituendo indicazioni di massima e parametri di riferimento, ma non paradigmi assoluti. Non diversamente, nei gruppi di imprese, si atteggia il dovere della capogruppo di attenersi ai «*principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale*» (art. 2497, primo comma, c.c.)⁷.

A seguito della puntuale prescrizione di cui all'art. 2381 c.c., l'obbligo di creare assetti adeguati non deve essere più ricavato, in via interpretativa, dal generico dovere di amministrazione diligente. Gli assetti saranno adeguati non solo quando funzionali a preservare gli interessi dei soci, ma anche quando consentono all'impresa di stare sul mercato senza bruciare risorse: in questo modo, l'adeguatezza degli assetti, seppure non funzionale alla tutela dei terzi (*stakeholders*), e soprattutto dei creditori, è indirettamente legata alla tutela dei loro interessi.

Finora i doveri degli organi di gestione venivano in considerazione quando la crisi era già in atto; laddove con norma primaria generale, e non solo con norma deontologica, ora sono anticipati al momento dell'emersione della crisi. Sussiste quindi una precisa responsabilità nel caso in cui non vi sia stata alcuna pianificazione o attenzione agli indizi di pre-crisi in conseguenza della mancata adozione di un adeguato assetto organizzativo. Essa si configura anche nelle società di persone: nelle quali, però, non ha un significato concreto, dato che comunque gli amministratori sono sempre soci illimitatamente responsabili e quindi rispondono con il loro patrimonio per i debiti sociali. *A fortiori*, ciò è vero per l'imprenditore individuale.

Se l'art. 2381 c.c. è inequivoco sull'*an*, nulla dice, per contro, sul *quomodo*. Ne consegue che come strutturare in concreto gli assetti organizzativi della società, al fine di soddisfare il criterio dell'adeguatezza, rimane una scelta afferente al merito gestorio (*unternehmerischer Handlungsspielraum*): il che apre al problema della sua sindacabilità, o no, in sede giudiziaria, secondo la formula, ormai tralatizia, della *business judgement rule*.

Questa è una regola di matrice giurisprudenziale americana, che riconosce una piena discrezionalità imprenditoriale, presumendo la razionalità delle

⁷ In Germania, i doveri inerenti la carica di amministratore che siano prescritti da *unbestimmte Rechtsbegriffe* (clausole generali) richiedono una concretizzazione nel singolo caso specifico.

scelte gestorie, senza necessità di motivazione, né di rispetto del principio di prudenza⁸.

Nella giurisprudenza statunitense (soprattutto della Corte del Delaware, Stato-pilota nell'ambito del diritto societario), la *business judgement rule* costituisce il tentativo di individuare un adeguato punto di equilibrio fra due opposte esigenze: da un lato, quella di rispettare la discrezionalità, tenendo in considerazione la rischiosità delle attività degli amministratori, e dall'altro, quella di sottoporre a controllo scelte irragionevoli o improvvisate⁹.

La regola è stata importata in vari ordinamenti europei. In Germania l'*Aktiengesetz*, al paragrafo 93, codifica la *business judgement rule*; e la relazione di accompagnamento alla novella che l'ha introdotta individua un connotato delle scelte imprenditoriali nella caratteristica di essere riferite al futuro: ossia di contenere valutazioni di tipo prognostico su sviluppi futuri ed incerti. A questa stregua, la scelta gestoria avente contenuto organizzativo sembrerebbe da ricondurre entro la nozione di *unternehmerische Entscheidung*, perché destinata ad avere una costante efficacia organizzativa sull'impresa, conformandone i futuri svolgimenti.

Per contro, non c'è discrezionalità degli amministratori quando debbano adottare una decisione giuridicamente imposta e puntualmente determinata, senza alternative possibili.

Il ricorso alla comparazione, *in subiecta materia*, appare opportuno, perché tra le funzioni del diritto comparato, in un'epoca di sempre più capillare osmosi di principî generali tra gli ordinamenti più evoluti, deve essere annoverata anche quella di fornire uno strumento per l'interpretazione e la ricostruzione del diritto interno, specialmente in relazione ad istituti influenzati, quanto meno culturalmente, da altri sistemi.

Recepita nella giurisprudenza italiana, la regola dell'insindacabilità nel merito, in cui si riassume la *business judgement rule*, appare chiaramente formulata in Cassazione 28 aprile 1997, n. 3652. La sua *ratio* consiste nell'incertezza della funzione amministrativa, nell'ineliminabile rischio di insuccesso, del quale non devono farsi carico i gestori, bensì i soci.

⁸ I primi casi negli Stati Uniti si verificano verso la metà dell'ottocento in casi di violazione dei limiti legali o statutari da parte degli amministratori e poca accortezza nel concedere mutui. Sulla *business judgement rule* la Corte del Delaware *in re Citigroup inc.* 2009 esclude la responsabilità degli amministratori che siano informati, siano in buona fede e agiscano nel convincimento onesto che l'azione sia presa nel miglior interesse della società.

⁹ Storicamente fece eccezione, e scandalo, la sentenza del 1985 nel caso Van Gorkom, con cui la Corte suprema del Delaware, a maggioranza, ammise il riesame della strategia imprenditoriale. A tale pronuncia, però il legislatore del Delaware reagì con la *Delaware General corporation law*, a conferma dei principî tradizionali di insindacabilità nel merito.

A ciò si associa l'esigenza di non scoraggiare l'assunzione dei rischi necessari per scelte innovative; e, nello sfondo, trapela pure la sfiducia per le valutazioni dei tribunali, che non hanno competenze tecniche in materia.

Sotto il profilo applicativo, la *business judgement rule* pone l'attenzione sul processo decisionale, piuttosto che sulla valutazione sostanziale della scelta: in mancanza di un conflitto di interessi e di un'infedeltà degli amministratori, essa previene il giudice dal valutare, col senno di poi (*hindsight bias*), le decisioni che siano state il prodotto di un procedimento razionale, per le quali gli amministratori si siano avvalsi di tutte le informazioni ragionevolmente disponibili¹⁰.

Essa comporta, dunque, l'insindacabilità, nel merito, della scelta gestionale, nei limiti in cui questa sia razionale, non *ab origine* imprudente e accompagnata da verifiche preventive¹¹.

Secondo una prima tesi, i giudici, sindacando l'osservanza, da parte degli amministratori, del canone di adeguatezza degli assetti, possono compiere uno scrutinio più stringente di quello consentito dalla *business judgement rule*, valorizzando la distinzione tra violazione di obblighi a contenuto specifico e violazione dei doveri a contenuto generico, cui solo è applicabile la regola.

Poiché gli assetti adeguati integrano un obbligo specifico, le decisioni relative non possono essere protette dall'insindacabilità, mancando lo spazio per una scelta discrezionale degli stessi. Al riguardo, si è valorizzata la diversità ontologica fra atti di gestione, incensurabili, e scelte di organizzazione dell'impresa, suscettibili invece di vaglio giudiziale: proprio questa distinzione, anzi, è stata alla base della rivolta dottrinarina contro l'innovazione del codice della crisi che voleva affidata ai soli amministratori la gestione dell'impresa, senza distinzione tra società per azioni, società a responsabilità limitata e società personali: problema ormai superato dall'art. 40 del decreto correttivo, d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147.

Sulla scorta di questa impostazione, la novità dell'art. 2381 c.c. risiederebbe nel fatto che il giudice è stato abilitato a valutare ciò che in precedenza gli era precluso, in quanto attività rientrante nella discrezionalità imprenditoriale: valutazione giudiziale, resa viepiù pervasiva dopo la novellazione dell'art. 2086

¹⁰ Lo *hindsight bias* è il fenomeno psicologico per il quale si tende a ritenere che un evento, soprattutto sfavorevole, una volta realizzatosi, fosse facilmente prevedibile *ex ante*: esso comporta il rischio di "falsi positivi", e cioè di decisioni corrette *ex ante*, giudicate invece negligenti *ex post*: il che indurrebbe ad una gestione troppo prudente degli amministratori, nociva, in ultima analisi, allo sviluppo dell'impresa.

¹¹ Angelici definisce la *business judgement rule* come un diritto all'errore. In tema di sindacato delle scelte imprenditoriali, la giurisprudenza italiana non è incline a dare giudizi positivi di ragionevolezza, quanto piuttosto ad esprimere una valutazione residuale sulla non irrazionalità della decisione, oltre che sull'assenza del conflitto di interessi.

c.c., che ha ulteriormente specificato il contenuto dell'obbligo, rapportandolo all'idoneità della struttura organizzativa a cogliere tempestivamente i segnali di pericolo di crisi¹².

Gestire una certa strategia con assetti organizzativi inadeguati sarebbe, in ultima analisi, inadempimento ai propri doveri, e non legittimo esercizio di discrezionalità che possa trovare riparo sotto l'usbergo della *business judgement rule*. Del resto, il fatto stesso che la riforma societaria del 2003 abbia attribuito la vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile al collegio sindacale (art.2403 c.c.), cui tradizionalmente è sottratto ogni sindacato di merito sull'azione degli amministratori, sottolinea la specialità dell'obbligo di cui si tratta e la sua estraneità alla sfera della mera discrezionalità dell'imprenditore.

In termini concettuali diversi, ma con sostanziale convergenza nelle conclusioni, si è sostenuto che l'adeguatezza degli assetti sarebbe un presidio avanzato del più generale dovere di un'amministrazione corretta e conforme alla legge: cosicché l'inottemperanza ad esso sarebbe una violazione del principio generale di correttezza e buona fede.

Il predetto indirizzo dottrinario porta a concludere che, se le scelte imprenditoriali sono insindacabili, pur se abbiano provocato o aggravato la crisi dell'impresa, lo stesso non si può dire ogni volta che esse siano riconducibili ad un difetto di organizzazione dell'impresa. Non sarebbe più la scelta di compiere una determinata operazione, per quanto rischiosa, a venire in rilievo, bensì il fatto che rispetto ad essa la società non sia stata attrezzata adeguatamente sotto l'aspetto organizzativo.

L'amministratore è libero di individuare le finalità dell'agire imprenditoriale, ma è tenuto, in termini di dovere giuridico, a curare che gli strumenti siano adeguati allo scopo: soprattutto sotto il profilo dell'idoneità ad assicurare la corretta e veritiera rappresentazione contabile delle operazioni compiute, quale precondizione per valutarne gli effetti, anche in funzione prospettica di ulteriori scelte.

¹² Non manca chi, come M. SPOLIDORO (*Note critiche sulla gestione dell'impresa nel nuovo articolo 2086 c.c., con una postilla sul ruolo dei soci*, in *Riv. soc.*, 2019, 253), ha ironizzato sull'accentuazione del ruolo degli assetti in funzione del rilievo tempestivo della crisi, di cui al secondo comma dell'art. 2086 c.c., aggiunto dall'art. 375 cpv. del c.c.i.i. Si è detto che i responsabili della gestione dell'impresa dovrebbero agire nel costante pensiero della fine incombente: come faceva il re Filippo II di Spagna, del quale si dice che dormisse nella sua futura cassa da morto, come *memento* della fragilità umana. Analogo sarcasmo sul carattere vagamente iettatorio della disposizione, che porterebbe il segno della matrice giudiziaria del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14: gli imprenditori dovrebbero dotarsi di sentinelle pronte a scorgere da lontano l'approssimarsi della crisi, creando un apposito ufficio, per il quale verrebbe spontaneo suggerire il nome di fortezza Bastiani, come nel *Deserto dei tartari*.

Si tratta, dunque, di discrezionalità tecnica, da esercitare secondo perizia e ragionevolezza: onde, se emergano lacune nelle procedure che hanno portato ad una determinata scelta organizzativa, verrebbe ad integrarsi una negligenza gestionale. Non senza aggiungere che la *business judgement rule* si applica in presenza di un generico dovere di diligenza e correttezza; laddove, la legge fissa il contenuto dell'obbligazione degli assetti, che devono essere proporzionali alla natura e dimensioni dell'impresa. Escludere, dunque, la sindacabilità degli assetti, ridurrebbe l'oggetto della novità qualificante dell'art. 2381 c.c., ad un mero *flatus vocis*.

A parere di chi scrive, quest'orientamento è condivisibile, ma ci si può spingere più in là: sulla premessa che la prescrizione di creare strutture organizzative efficienti non costituisce più un obbligo generico, bensì un obbligo specifico, strumentale a finalità ancor più chiaramente espresse nell'art. 2086, cpv., c.c., ma già enucleabili dall'art. 2381, terzo e quinto comma, c.c., si può ritenere che non sia più sufficiente la diligente attività dell'amministratore, per escludere la responsabilità, e trovi invece applicazione l'art. 1218 c.c. in caso di assetti rivelatisi, alla prova dei fatti, inadeguati a prevenire disfunzioni ed insufficienze informative: tali, da impedire all'impresa di stare in modo efficiente nel mercato¹³.

In altri termini, l'adeguatezza degli assetti in funzione del rilievo tempestivo della crisi dell'impresa è un'obbligazione di risultato, pur se gli amministratori conservino una discrezionalità tecnica nel *quomodo*. Se si vuole un esempio analogico, sia pur grossolano, essa è paragonabile all'*opus* dell'appaltatore: quest'ultimo resta autonomo, quale imprenditore, nell'organizzazione dei mezzi, ma è responsabile ove il risultato non sia quello prefigurato. Ed è appena il caso di aggiungere che il risultato, oggetto dell'obbligazione, non è certo la prevenzione della crisi, ma solo l'acquisizione di dati ed informazioni, grazie a strutture organizzative, amministrative e contabili adeguate, premessa di comportamenti imprenditoriali avveduti.

Da ciò consegue anche che l'omissione di assetti organizzativi o la loro palese inadeguatezza, quali profili fondamentali della *governance* della società, siano da qualificare come grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c.¹⁴.

¹³ La formulazione paratattica dell'art. 2381, terzo e quinto comma, del riferimento all'andamento della gestione ed alla sua prevedibile evoluzione (oltre che ai piani strategici), diversa da quella espressamente finalistica dell'art. 2086 cpv. c.c. («...*anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa...*»), non smentisce la natura già *ab origine* strumentale degli assetti organizzativi adeguati rispetto alla pronta emersione dei sintomi di crisi.

¹⁴ Si tratta di un profilo diverso ed in qualche modo preventivo rispetto a quello esaminato dal Trib. Milano, sez. spec. in materia di imprese, 18 ottobre 2019 (in *Giur. it.*, 2020, 363, con nota di O. CAGNASSO), secondo cui le omesse misure contro la crisi da parte degli amministratori, non in linea

La tesi contrapposta, pure cospicuamente rappresentata in dottrina, afferma l'insindacabilità delle misure degli amministratori istitutive degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

Secondo questo indirizzo, il verbo “*curare*” utilizzato dall'art. 2381, quinto comma, c.c., non impone l'obbligo di predisporre comunque gli assetti quando siano ritenuti inessenziali per la società; tanto più, che non esiste un modello unico di assetto, universalmente valido.

Stante il carattere relazionale del giudizio di adeguatezza, gli amministratori sarebbero tenuti, quindi, a contemperare i costi e benefici inerenti l'adozione di assetti organizzativi adeguati con l'ulteriore dovere di massimizzare il valore del patrimonio sociale: onde, le decisioni conseguenti, implicando un irriducibile margine di discrezionalità, avrebbero natura imprenditoriale; ed il giudice non potrebbe sindacarle – secondo una tesi radicale minoritaria, perfino nell'ipotesi-limite di totale omissione degli assetti – ove la scelta sia il prodotto di una non irragionevole ponderazione.

Si assume, al riguardo, che un tale bilanciamento è connaturale all'attività d'impresa, di cui, anzi, è elemento essenziale: come emerge dalla stessa norma-base dell'art. 2082 c.c., che richiama il principio di economicità¹⁵.

In questa linea di pensiero, l'obbligo degli assetti non sarebbe una prescrizione specifica, e cioè compiutamente determinata dalla legge: al contrario, il canone di adeguatezza si risolverebbe in una clausola generale, più simile ad uno *standard*, che non ad una *rule*¹⁶.

6. Conclusioni

Molti anni fa, Roberto Weigmann, nell'opera *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori* rilevava che l'impresa moderna non fa più perno sul volere dispotico di un capo, bensì sul lavoro di gruppo. Nella prima fase storica

con i doveri gestori oggi predicati dall'art. 2086, comma 2, c.c., costituiscono una grave irregolarità nella gestione *ex art.* 2409 c.c.

¹⁵ Nella giurisprudenza americana sulla *business judgement rule* si è fatto talvolta riferimento, in tema di rapporto costi – benefici, alla c.d. formula di Hand (giudice federale *in re* United States v. Carrol Towing 1947): c'è responsabilità degli amministratori se il costo dell'attività informativa funzionale all'operazione intrapresa sarebbe stato inferiore al danno derivato dall'omissione.

¹⁶ Cass., S.U., 22 febbraio 2012, n. 2572 afferma che i giudizi di valore, ai sensi di norme che indichino solo parametri generali, presuppongono, da parte del giudice, un'attività di integrazione giuridica della norma elastica, censurabile in sede di legittimità. Il sempre più frequente ricorso alla tecnica delle clausole generali è criticata da Irti, perché darebbe adito ad ogni forma di soggettivismo.

dell'industrializzazione emergeva la figura del capitano d'industria, del magnate, e le imprese erano attive senza una struttura definita. Successivamente si è affermata l'organizzazione aziendale: le funzioni un tempo individuali si sono istituzionalizzate e non si fa più appello al carisma come fonte di legittimazione del comando. Nessuna istituzione potrebbe perdurare nel tempo, se per la sua direzione occorressero geni o superuomini. Essa deve essere perciò organizzata in modo da sopravvivere, guidata da esseri umani appartenenti alla media. La dittatura industriale, come forma dispotica di gestione, è una minaccia alla sopravvivenza dell'impresa, in quanto, morendo il dittatore, l'impresa resterebbe in balia di se stessa.

I nuovi dirigenti sarebbero, in questa nuova ottica, una specie umana molto diversa dagli antichi capitani di industria, essendo mutati il loro modo di presentarsi in pubblico, gli atteggiamenti, le credenze, e perfino la maniera di vestirsi. Il lavoro dell'amministratore non consisterebbe più, quindi, nel partorire dal proprio cervello una strategia e nell'impartire gli ordini conseguenti con piglio autoritario. Oggi il dirigente è colui che conosce soprattutto la tecnica del coordinamento. L'imprenditore individualista, instancabile, dotato di intuito e audacia, appartiene al passato; anche se la grande organizzazione aziendale dei nostri giorni non riscuote eguale ammirazione¹⁷.

Corollario conseguente di tale evoluzione è l'importanza crescente attribuita dal legislatore agli assetti organizzativi, la cui previsione innovativa nell'art. 2381 c.c., frutto della riforma societaria del 2003, è stata ulteriormente arricchita dal profilo finalistico della rilevazione tempestiva della crisi, di cui al secondo comma dell'art. 2086 c.c., introdotto dall'art. 375, secondo comma, c.c.i.i., che ha ridato linfa ad una norma pressoché desueta, rimasta lettera morta da molti anni, modificandone la rubrica ed aggiungendo un secondo comma che non ha quasi nulla in comune con il primo (che appartiene al diritto del lavoro).

La rilevanza data alla struttura organizzativa dell'impresa si riflette, come detto, nell'aggravamento della responsabilità degli amministratori (e degli organi di controllo) verso la società, i creditori e in generale i terzi (*stakeholders*), in caso di inadeguatezza degli assetti rispetto alla natura e alle dimensioni dell'impresa. Con tutti i problemi interpretativi sopra esaminati.

Il fenomeno è andato di pari passo con la svalutazione progressiva della garanzia per i creditori tradizionalmente costituita dal capitale sociale.

¹⁷ L'efficace descrizione del fenomeno è tratta *verbatim* da V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'articolo 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, 1, 5.

Ad essa si è quindi sostituita, in gran parte, la più pervasiva disciplina degli aspetti organizzativi e gestionali, correlati ad una garanzia di tipo obbligatorio, in forma di responsabilità¹⁸.

Come osservato da attenta dottrina, tale tutela si palesa, peraltro, manchevole sotto più profili¹⁹.

Innanzitutto, la giurisprudenza sulla *business judgement rule* rende difficoltoso l'accertamento di responsabilità degli amministratori.

In secondo luogo, questi ultimi ben difficilmente offrono garanzia di solidità patrimoniale, tale da soddisfare pretese risarcitorie spesso ingentissime²⁰.

È dubbio, in conclusione, se all'indiscutibile crisi del capitale si accompagni, di fatto, la crisi della tutela dei creditori sociali, anche alla luce della politica del diritto volta a stimolare la ripresa del sistema economico con misure talvolta emergenziali, ispirate dal convincimento che l'impresa, ed in particolare la piccola impresa, sia in sé stessa un valore meritevole di tutela, specialmente in un'epoca di crisi economica, e vada dunque preservata anche a scapito di altri interessi subvalenti²¹.

BIBLIOGRAFIA

Il presente scritto vuole essere solo una rassegna riassuntiva di contributi dottrinari sul tema in oggetto, qual è consona ad un intervento rivolto a colleghi in un corso di formazione organizzato dalla Scuola superiore della magistratura.

Pertanto, pur non mancando pensieri personali dell'autore, nella relazione sono soprattutto riprodotti, per sommi capi, contributi dottrinari degli autori appresso elencati; in qualche caso con riproduzione anche di citazioni e definizioni testuali.

¹⁸ John Galbraith nella sua opera *L'economia della truffa* considera la gestione al centro del sistema imprenditoriale, dinamica vitale della grande impresa: *la gestione prima di tutto!*

¹⁹ F. BRIOLINI, *Capitale sociale e metamorfosi della tutela dei creditori nel diritto societario più recente*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, 144.

²⁰ L'istituto della cauzione degli amministratori ex art. 2387 c.c., che comunque era prestata alla società e solo indirettamente, quindi, fungeva da garanzia per i creditori, è stato abrogato nel 1985.

²¹ Nota, al riguardo, BRIOLINI, *op. cit.*: «*In questo senso va rimeditato il pensiero di Ferri, secondo cui una società con regole del capitale sospese e priva delle risorse necessarie è una società incapace di operare sul mercato, o è pensata per realizzare manovre poco o commendevoli a scapito del ceto creditorio. In tale ipotesi, di manifesta sottocapitalizzazione, vi sarebbe la violazione dei principî che esigono che gli atti dei privati siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela (art. 1322, secondo comma) e non si pongano in contrasto con l'utilità sociale (art. 41, secondo comma, Cost.)*».

- C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgement rule*, in *Giur. comm.*, 1, 643.
- C. ANGELICI, *Divagazioni sulla «responsabilità sociale» di impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, 3.
- M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, 1, 5.
- L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgement rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413.
- R. SACCHI, *La responsabilità gestionale della crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014,1, 305.
- R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *Leggi civ. comm.*, 2018, 1280.
- F. BRIOLINI, *Capitale sociale e metamorfosi della tutela dei creditori nel diritto societario più recente*, in *Banca borsa titoli cred.*, 2016, 144.
- V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'articolo 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, 1, 5.
- G. D'ATTORRE, *I principi generali nel diritto della crisi d'impresa*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, 1084.
- V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc.*, 2017, 311.
- E. GINEVRA, C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex articolo 2086 c.c.*, in *Leggi civ. comm.*, 2019, 1209.
- G. IANNIRUBERTO, *Strumenti di allerta inadeguati e tutela dei lavoratori (a proposito del nuovo testo dell'articolo 2086)*, in *Corr. giur.*, 2021.
- F. MUCCIARELLI, *Doveri degli amministratori di società in crisi, lex concursus e sovranità nazionale*, in *Leggi Civili Commentate 2020*, 698.
- G. RIOLFO, *Codice della crisi d'impresa, meccanismi di allerta interni e sistema monistico: luci ed ombre del modello alla luce di tali novità normative*, in *Contratto e impresa*, 2021, 108.
- R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Società* 2013, 669.
- L. RUTOLO, *Organizzazione d'impresa e prevenzione del rischio insolvenza: dai modelli 231 ai sistemi di allerta del codice da crisi*, in *Soc.*, 2020, 1195.
- M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla gestione dell'impresa nel nuovo articolo 2086 c. c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 253.
- U. TOMBARI, *L'organo amministrativo di s.p.a. tra "interessi dei soci" ed "altri interessi"*, in *Riv. soc.*, 2018, 20.

PARTE SECONDA
ESEGESI E AMBITO DI APPLICAZIONE
DELL'ART. 2086 C.C.

Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del “decreto correttivo” al Codice della crisi e dell’insolvenza¹

SOMMARIO: 1. L’intervento correttivo del d.lgs. n. 147 del 2020 e l’impatto sul quadro problematico del d.lgs. n. 14 del 2019. – 2. Il rinnovato valore tipologico del principio di esclusività della gestione dell’impresa e le influenze sulla questione delle competenze implicite dell’assemblea nelle s.p.a. – 3. L’esclusività delle competenze in materia di istituzione degli assetti organizzativi: valore “transtipico” e aspetti problematici. – 4. Gli assetti e le s.p.a.: il possibile ruolo dell’assemblea e il meccanismo autorizzatorio dell’art. 2364, comma 1, n. 5, c.c. – 5. (*Segue*) La delega e l’articolazione delle competenze in materia di assetti. – 6. Gli assetti e le s.r.l.: le decisioni dei soci. – 7. (*Segue*) L’impatto delle nuove norme sulla delega di funzioni e sui modelli personalistici di amministrazione.

1. L’intervento correttivo del d.lgs. n. 147 del 2020 e l’impatto sul quadro problematico del d.lgs. n. 14 del 2019

Il c.d. decreto correttivo (d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147) al Codice della crisi e dell’insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14) ha modificato in modo significativo l’art. 377 c.c.i.i., rubricato “Assetti organizzativi societari”, che aveva inopinatamente esteso a tutti i tipi societari il *principio di esclusiva gestione* dell’impresa da parte degli amministratori, determinando gravi problemi di coordinamento con l’assetto del diritto societario fuoriuscito dalla riforma del 2003, e in particolare con le norme che prevedono, nei tipi non azionari, numerose possibilità d’intervento a vario titolo dei soci in materia di gestione.

Il nuovo testo ha, pertanto, eliminato ogni riferimento al richiamato principio nei tipi non azionari, limitando il parallelismo alla (sola) regola per la quale la «istituzione degli assetti di cui all’articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori», riprodotta con identico tenore negli artt. 2257, comma 1; 2380-*bis*, comma 1 e 2475, comma 1, c.c.

¹ Il presente lavoro è destinato agli *Scritti di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, curati da Costa, Mirone, Pennisi, Sanfilippo e Vigo, editi da Giappichelli, Torino, 2021.

La modifica consente, pertanto, di chiudere una defatigante *querelle* interpretativa, che aveva visto la dottrina dividersi in numerose posizioni, dovute all’oggettiva impossibilità di pervenire ad una lettura che fosse da un lato rispettosa del tenore letterale, e dall’altro pienamente compatibile con il sistema.

Accantonata, da subito, l’idea di ritenere implicitamente abrogate le norme societarie che prevedevano un qualche coinvolgimento dei soci nella gestione, anche l’idea esattamente opposta, di svalutare la portata delle norme, attribuendovi il solo effetto di “responsabilizzare” gli amministratori in materia di assetti², si scontrava con il chiaro riferimento normativo ad una “esclusività” delle competenze degli amministratori, volto a delimitare in via formale (sia pure con portata da valutare in concreto) gli spazi per un intervento deliberativo dei soci.

Nessuna delle altre letture risultava, tuttavia, del tutto convincente, nonostante lo sforzo interpretativo compiuto³. Così, secondo un primo orientamento, il riferimento all’esclusività della gestione avrebbe mantenuto la vigenza di tutte le norme (v., in particolare, gli artt. 2257, comma 3, c.c.; e 2479, commi 1 e 2, n. 5, c.c.) che prevedono una riserva di intervento dei soci in materia di gestione, ma con l’effetto di “derubricare” la decisione dei soci alla figura del parere o della raccomandazione non vincolante⁴.

Questa lettura – che presentava qualche difficoltà di applicazione per la decisione dei soci in caso di veto nell’amministrazione disgiuntiva (art. 2257 comma 3, c.c.), in cui occorre stabilire in via definitiva se sbloccare o meno la legittimazione del singolo amministratore a compiere l’atto oggetto di opposizione – si scontrava soprattutto con il rilievo dell’assenza di riferimenti nella legge delega ad interventi sul riparto generale di competenza tra amministratori e soci nei vari tipi societari.

Secondo una tesi più articolata, ma al contempo meno lineare sul piano applicativo, il principio di competenza esclusiva avrebbe dovuto conciliarsi con la permanente sussistenza di un’area più o meno estesa di deroghe legali (già del resto presente nelle stesse s.p.a.: v. art. 2361, comma 2, c.c.), nella quale i soci avrebbero potuto continuare ad esercitare competenze propriamente deliberati-

² Cfr. M. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell’impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 269 s.; G.A. RESCIO, *Brevi note sulla “gestione esclusiva” dell’impresa da parte degli amministratori di s.r.l.: distribuzione del potere decisionale e doveri gestori*, ne *Il Societario*, 16 luglio 2019, 7 s. Nella chiave di lettura più blanda, la portata della norma si limiterebbe a sancire un potere di filtro degli amministratori sulle eventuali decisioni dei soci in materia di assetti, destinato ad operare in caso di pregiudizio per la società o per i creditori.

³ Rimane indeciso, ad es., C. IBBA, *Codice della crisi e codice civile*, in *Rivista ODC*, 2019, 250 ss.

⁴ Vedi, in particolare, V. DI CATALDO-S. ROSSI, *Nuove regole generali per l’impresa nel nuovo Codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Riv. dir. soc.*, 2019, 757 ss.

ve. Tuttavia, la valorizzazione del principio anche al di fuori della s.p.a. avrebbe determinato alcune conseguenze di ordine sistematico, e in particolare, nelle s.r.l., la necessità di un uso “controllato” delle competenze deliberative dei soci previste in statuto e del potere di rimessione ed avocazione previsti dall’art. 2479 c.c.⁵.

In quest’ottica, restava tuttavia poco chiaro come coordinare una regola apparentemente generale e secca, come quella sulla esclusività della gestione da parte degli amministratori, con la permanenza di deroghe così ampie e potenzialmente estese a qualunque materia o atto di carattere gestionale, come quelle previste dalla disciplina della s.r.l.

La posizione prevalente, pertanto, era quella di limitare la regola di competenza esclusiva alla materia degli assetti organizzativi, ritenendo tale soluzione l’unica conforme alle indicazioni della legge delega⁶.

In realtà, l’art. 14, comma 1, lett. b), l. 19 ottobre 2017, n. 155, imputa il dovere di istituire assetti organizzativi adeguati agli “organi sociali”, e pertanto non può dirsi che il legislatore delegato avesse formulato un’espressa indicazione in favore di una riserva di competenze a favore degli amministratori, ma indubbiamente la tesi consentiva di superare quanto meno l’obiezione dell’eccesso di delega.

Al contempo, la tesi risultava la più lontana dal tenore letterale delle norme, che presentavano sì un riferimento al «rispetto della disposizione di cui all’articolo 2086, secondo comma, c.c.» (ove si prevede in via generale il dovere dell’imprenditore collettivo di istituire gli assetti), ma fermo restando il riferimento della regola di esclusività all’intera gestione dell’impresa, e ribadendo anche nei tipi non azionari il potere dell’organo amministrativo di compiere «le operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale».

Questa soluzione è stata adesso accolta dal legislatore del decreto correttivo, ma è quanto mai dubbio che il tenore testuale dell’art. 377 v.t. c.c.i.i. consentisse di pervenire a tale risultato.

Per vero, un tentativo – senz’altro stimolante sul piano ricostruttivo – di attenuare l’impatto dirompente dell’art. 377 v.t. c.c.i.i., era stato compiuto sotto diverso

⁵ L. CALVOSA, *Gestione dell’impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 247 c.c.*, in *Soc.*, 2019, 799 ss.; G.D. MOSCO, *Il riparto delle competenze decisionali nella S.r.l. dopo il Codice della crisi*, in *Riv. soc.*, 2019, 1037 ss.

⁶ N. ABRIANI – A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d’impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Soc.*, 393 ss. Conf., tra gli altri, S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, 952 ss.; P. MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d’impresa e dell’insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 829 ss.; R. SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di “ingerenza gestoria” dei soci*, in *Riv. soc.*, 2020, 1458.

profilo, sostenendo la necessità di rompere (già in materia di s.p.a.) l’unitarietà del principio di esclusività della gestione, che non sarebbe riferibile alla diversa sfera della *amministrazione del patrimonio sociale*, e cioè a quelle che la norma identifica come le «operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale»⁷.

Secondo questa prospettiva, la gestione – che racchiuderebbe sostanzialmente la pianificazione, le operazioni strategiche e l’istituzione degli assetti – sarebbe intrinsecamente di pertinenza esclusiva degli amministratori quali “capi dell’impresa”⁸, in tutti i tipi societari, onde l’art. 377 v.t. c.c.i.i. si sarebbe limitato a confermare tale regola prima inespresa, mentre la mera amministrazione – che

⁷ Vedi G. FERRI JR.-M. ROSSI, *La gestione dell’impresa organizzata in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, 91 ss. (ove rife. ai precedenti lavori di Ferri jr., in cui la tesi viene ampiamente argomentata). Nello stesso senso, M. IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi e l’instestazione del relativo obbligo (tra Codice della Crisi e bozza di decreto correttivo)*, in *Nuovo dir. soc.*, 2020, 115 ss.

⁸ Sul punto, osserva C. ANGELICI, *A proposito di «interessi primordiali» dei soci e «gestione esclusiva» degli amministratori*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, I, 69 s., che la nozione di gestione, pur essendo una «nozione tipologica» (cioè caratterizzata da un «non trascurabile grado di approssimazione») e non un «concetto», non sarebbe desumibile dalla mera «analisi della realtà economico-sociale», essendo «il modo in cui la legge determina tale competenza a consentire l’assegnazione di un significato giuridico alla nozione di “gestione”», con la possibilità che la nozione stessa presenti una portata diversa nei vari tipi societari. Come rilevano G. FERRI JR. – M. ROSSI, (nt. 6), 100, e nt. 25, trattasi di un approccio diverso rispetto a quello (dichiaratamente qualificato dagli aa. come “tipologico”, ma potrebbe forse meglio dirsi “ontologico”) che vuole ricavare la nozione di gestione dall’art. 2086 c.c., e pertanto dal “potere supremo di direzione” dell’impresa, che spetterebbe inderogabilmente all’imprenditore individuale e agli amministratori di società, e che dovrebbe essere inteso come “organizzazione” dell’impresa stessa. In effetti, il concetto di gestione – per quanto venga nelle s.p.a. spesso affermata una regola più o meno netta di residualità rispetto alle competenze assembleari – non può derivarsi automaticamente per sottrazione dalle competenze assembleari, vieppù nei tipi non azionari, ove sono presenti varie commistioni di competenze e comunque un assetto meno preciso delle regole organizzative in punto di riparto delle competenze (gestione certamente non è, pertanto, ciò che è di competenza degli amministratori). Tuttavia, se non può dirsi che esistano norme che descrivano compiutamente il potere di gestione, verosimilmente è proprio il riferimento degli artt. 2380-bis, 2475 e 2257 c.c. al potere degli amministratori di compiere (e quindi anche programmare e organizzare) le «operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale» (con prospettiva in qualche modo opposta a quella valorizzata dagli aa.), a consentire di ricomprendere la nozione di gestione all’interno dei concetti normativi e non di quelli c.d. idealtipici (e cioè nei concetti che designano meri tipi ideali della realtà sociale: M. LIBERTINI, *Clausole generali, disposizioni di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 ss.), aventi carattere storico-sociologico. Ed anche in assenza di riferimenti testuali, le numerose questioni che riguardano il riparto di competenze, fra organi ed all’interno degli stessi, rendono senz’altro preferibile ricostruire la nozione di gestione (ed anche la stessa sub-fattispecie delle operazioni gestionali d’interesse primordiale) come concetto normativo e non tipologico.

consisterebbe nell'esercizio concreto dell'attività imprenditoriale – non sarebbe di pertinenza esclusiva degli amministratori neanche nelle s.p.a., onde la possibilità di ritenere sostanzialmente immutata la portata delle varie norme codicistiche che prevedono un potere d'intervento dei soci in questa seconda sfera⁹.

In effetti, i termini “gestione” e “amministrazione” sono utilizzati nel codice in maniera sostanzialmente interscambiabile, come dimostra ad es. il fatto che la delega di cui all'art. 2381 c.c. attiene testualmente anche alla gestione, indubbiamente anche nel senso di quella che viene individuata *in thesi* come “amministrazione”, e sulla quale gli organi delegati riferiscono almeno semestralmente¹⁰. In ogni caso la tesi – al di là dell'utilizzo poco convincente dell'espressione “amministrazione patrimoniale”¹¹ – non persuade sotto alcuni profili.

Quanto alle s.p.a., l'art. 2364, n. 5, c.c., prevede solamente un meccanismo residuale d'intervento sotto forma di “autorizzazione” agli *atti degli amministratori*, senza distinzione alcuna, e pertanto: da un lato, conferma il carattere generale del principio di esclusività della gestione, non consentendo in alcun caso l'attribuzione di competenze decisionali per via statutaria; dall'altro, si riferisce genericamente a qualunque atto degli amministratori, e pertanto consente di estendere (tralasciando per adesso la questione degli assetti) il meccanismo autorizzatorio ai piani e alle operazioni strategiche.

Non v'è dubbio, peraltro, che sia incompatibile con l'ordinamento azionario un assetto nel quale il concreto esercizio dell'attività gestionale venga interessato

⁹ Rispetto a tale limitazione, può anche obiettarsi che i soci dovrebbero avere maggiore interesse ad essere coinvolti in scelte strategiche (quali sono in fondo quelle previste dall'art. 2479, comma 2, n. 5, c.c.), piuttosto che relativamente a singoli atti ordinari di amministrazione.

¹⁰ In tal senso, la “coppia” più significativa non appare tanto quella tra “organizzazione” e “gestione” (possono infatti aversi da un lato decisioni “organizzative” ricorrenti e di scarso rilievo, e dall'altro decisioni relative ad operazioni di mercato aventi enorme impatto), bensì forse quella, che può prendersi a prestito dalla regolamentazione bancaria (cfr., A. MIRONE, *Regole di governo societario e assetti statutarî delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in *Banca, impr., soc.*, 2017, 40 ss.; V. CALANDRA BUONAUORA, *L'impatto della regolamentazione sulla governance bancaria*, in *Banca, impr., soc.*, 2019, 27 ss.) tra “supervisione strategica” (che comprende l'approvazione dei piani, la deliberazione delle operazioni strategiche e quanto meno la definizione degli elementi essenziali dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile) e “gestione”, che ben si avvicina alla ripartizione proposta da Angelici tra “programmazione” e “amministrazione” (v., C. ANGELICI, *Principi e problemi*, in *La società per azioni*, in *Tratt. dir. comm.*, dir. da Cottino, Padova, 2010, 386 ss.): cfr., *infra*, § 3.

¹¹ La locuzione viene, infatti, utilizzata per descrivere in fondo l'attività imprenditoriale ordinaria, che può anche non presentare profili legati alla (e comunque non risolve nella) gestione di un “patrimonio”, che a sua volta dovrebbe considerarsi pur sempre strumentale e servente rispetto all'esercizio dell'attività imprenditoriale.

da un pervasivo intervento formale dei soci (si pensi ad un catalogo assai ampio di atti soggetto ad autorizzazione). Appare pertanto preferibile riferire nelle s.p.a. il principio di esclusività della gestione a tutte le «operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale»¹², anche nell'ipotesi in cui all'interno di tale locuzione non si ricomprendano le scelte aventi carattere organizzativo, strategico e di pianificazione.

Per altro verso, la fattispecie dell'art. 2479, comma 2, n. 5, c.c., prevede nelle s.r.l. un'importante sfera gestionale – che può essere ricondotta al più ampio novero delle operazioni strategiche, e comunque di certo non all'amministrazione "ordinaria" – affidata inderogabilmente alla competenza deliberativa dei soci, a dimostrazione della difficoltà di rintracciare un principio generale che sovrain tenda alla materia¹³.

E più a monte, anche a non voler considerare che pianificazione, organizzazione dell'impresa ed "amministrazione" – pur senz'altro distinguibili tra loro – sono intimamente connesse¹⁴ e collegate dalla finalità di svolgimento dell'attività produttiva prevista in statuto, non appare convincente l'idea di desumere la regola di esclusività ed i suoi contorni dal diritto dell'impresa, e in particolare dal principio gerarchico di cui all'art. 2086 c.c., ove si tenga conto che: *a*) la stessa attiene innanzitutto alla questione del riparto di competenze tra soci ed amministratori, che per definizione non si presenta nell'impresa individuale; *b*) nelle s.p.a. è anzi da escludere che il meccanismo di cui all'art. 2364, comma 1, n. 5 c.c., possa essere utilizzato per atti afferenti alla gestione corrente¹⁵; *c*) la ripartizione di competenze tra soci ed amministratori non può presentarsi in modo uniforme nel sistema, stante l'estrema varietà del contesto tipologico e normativo che caratterizza i vari tipi societari; *d*) anche il grado di "alterità" dell'ufficio amministrativo (connesso con le istanze di efficienza valorizzate dal legislatore) è assai eterogeneo nei vari tipi societari¹⁶.

¹² Nel senso che la categoria in questione sia superflua, in quanto "ricompresa" nel concetto generale di gestione, MOSCO, (nt. 4), 1038 ss.

¹³ Sul punto, ANGELICI, *A proposito* (nt. 7), 59 ss., qualifica le decisioni in questione come "organizzative", ma (al di là dell'utilizzo più o meno esteso che di tale locuzione può farsi), è certo che le stesse non possono certo essere ricondotte alla sfera di quella che viene definita come "amministrazione del patrimonio", ai sensi della seconda parte dell'art. 2380-bis, co. 1, c.c.

¹⁴ Cfr. L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgement rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413 ss.

¹⁵ Cfr. P. ABBADESSA – A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, 298 s.

¹⁶ In tal senso, sostenere che il riferimento agli amministratori vada inteso estensivamente a coloro i quali sono di volta in volta titolari del potere di amministrazione, e pertanto anche i soci nella s.r.l. ove la gestione sia più o meno interamente loro affidata dallo statuto, indipendentemente dalla

In definitiva, l'intervento del decreto correttivo ribadisce e ripristina una corretta articolazione del sistema, negando che il principio di esclusività della gestione possa considerarsi una regola immanente nel sistema e di portata – come si usa oramai dire con un termine poco elegante – “transtipica” (e cioè generale)¹⁷. E tale negazione è vieppiù forte, allorché – come nel caso di specie – derivi dall'abrogazione espressa di norme appena introdotte.

2. Il rinnovato valore tipologico del principio di esclusività della gestione dell'impresa e le influenze sulla questione delle competenze implicite dell'assemblea nelle s.p.a.

Con l'intervento del decreto correttivo viene restituito al principio di gestione esclusiva dell'impresa da parte degli amministratori nelle s.p.a. il valore di norma inderogabile e di principio, che era stato da subito evidenziato dopo la riforma del 2003¹⁸.

La correzione consente di ritenere superata l'idea che le disposizioni societarie introdotte dal c.c.i.i. costituissero un significativo elemento di conferma per la teoria delle *competenze assembleari implicite*¹⁹, volta a ricostruire per via

carica rivestita (FERRI-ROSSI, (nt. 6), 99), risulta in sostanziale contraddizione con il nucleo centrale della tesi, che individua, in ottica di efficienza e responsabilizzazione, gli amministratori quali “capi dell'impresa”.

¹⁷ Le norme del c.c.i. che mantengono ai soci nelle società di persone (e nelle società di capitali, ove previsto dallo statuto) la competenza per la decisione sulla domanda di concordato, estendendola anche agli accordi di ristrutturazione (art. 44, ultimo comma, c.c.i.), non appaiono pertanto distoniche con il sistema (come ritengono FERRI-ROSSI, (nt. 6), 118 s., i quali propendono per un'integrale attribuzione delle competenze relative alla gestione della crisi in capo agli amministratori, in forza del potere di direzione dell'impresa), ma tengono a mio avviso correttamente conto dell'articolazione tipologica delle società e della necessità (più o meno forte, anche in ragione del regime del regime di responsabilità per le obbligazioni sociali) di coinvolgere i soci in decisioni che fuoriescono dalla mera gestione dell'impresa.

¹⁸ Cfr., *ex multis*, G. GUIZZI, Sub art. 2380-bis, in *Comm. cod. civ.*, dir. da Gabrielli, artt. 2379-2451, Torino, Utet, 2015, 72 ss.

¹⁹ Evidenziano la connessione tra il v.t. dell'art. 377 c.c.i. e il problema delle competenze implicite, C. ANGELICI, *A proposito*, (nt. 7), 59 ss.; G.B. PORTALE-N. DE LUCA, *Il sovrano non ha abdicato. Interessi primordiali degli azionisti e competenze implicite dell'assemblea*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, II, 765 ss.; S. FORTUNATO, *Codice della crisi*, (nt. 5), 964 ss. Com'è noto, la dottrina si divide sul punto in almeno tre posizioni: *a*) la tesi che ricostruisce una vera e propria competenza implicita dei soci nelle decisioni d'interesse primordiale (Portale, Maugeri, Pinto, De Luca, Miola, Galletti); *b*) la tesi che ricostruisce un mero dovere degli amministratori di consultare l'assemblea per raccogliere eventuali raccomandazioni non vincolanti (Abbadessa, Libertini, Angelici, Mirone, Sanfilippo); *c*) la tesi che nega l'esistenza di formali doveri di raccordo (Libonati, Guizzi).

interpretativa nelle s.p.a. un ambito di decisioni c.d. d’interesse primordiale dei soci – sostanzialmente corrispondenti alle materie che per le s.r.l. sono individuate dall’art. 2479, comma 2, n. 5, c.c. – da ritenere “naturalmente” sottratte alla competenza degli amministratori²⁰.

Il v.t. dell’art. 377 c.c.i.i., estendendo a tutte le società il principio di gestione esclusiva, ne comportava inevitabilmente un certo scoloramento, determinato dalla coesistenza del principio stesso con un ampio novero di norme che prevedono nei vari tipi societari meccanismi d’intervento dei soci nelle competenze gestionali. In qualche misura, il valore generale del principio di gestione esclusiva poteva quindi essere utilizzato per confermare la necessità di un contrapposto principio altrettanto generale, di competenza esclusiva dei soci nelle materie gestionali d’interesse primordiale²¹.

In realtà, la permanenza nell’ordinamento azionario dell’art. 2364, n. 5, c.c., che consente allo statuto di prevedere solamente interventi autorizzativi dell’assemblea in materia gestionale, manteneva un argine rispetto al tentativo in questione²², ma è indubbio che uno dei due pilastri della tesi contraria veniva decisamente indebolito.

Ciò conferisce tuttavia ulteriore valore alla scelta del legislatore del correttivo, che ha peraltro sostituito il testo inopinatamente contenuto in una bozza preliminare di decreto, nella quale addirittura si sopprimeva (con scelta diametralmente opposta a quella del d.lgs. n. 14 del 2019) il principio di competenza esclusiva nella gestione anche dall’art. 2380-*bis*, comma 1, c.c.²³

²⁰ La tesi ha recentemente ottenuto un esplicito avallo giurisprudenziale (sia pure a proposito di questione che riguardava il diritto di un socio ad ottenere copia della documentazione relativa ad un’operazione di asserito interesse primordiale, oramai già deliberata ed eseguita dagli amministratori) in Trib. Roma, 1° aprile 2019, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, II, 757 (ove il richiamato commento di Portale e De Luca). La questione, tuttavia, avrebbe potuto essere affrontata e risolta in altro modo, indagando la portata dei diritti d’informazione dei soci di s.p.a., al di là delle ipotesi previste dalla legge, anche in funzione dell’esercizio di rimedi giudiziari (come l’azione ex art. 2388 c.c. o l’azione di responsabilità della minoranza). Non è detto, in altri termini, che il diritto all’informazione degli azionisti sulle operazioni in questione debba necessariamente passare dalla ricostruzione di una competenza assembleare sulla relativa decisione.

²¹ Diversamente orientati, per la neutralità delle norme introdotte dal c.c.i.i., FERRI-ROSSI, (nt. 6), 104 s., sul presupposto (v. § precedente) che il principio di competenza esclusiva valga solo per la gestione intesa come programmazione e organizzazione dell’impresa, e non per gli atti meramente “amministrativi”. Tuttavia, sembra di poter rilevare che le decisioni d’interesse primordiale siano affini più al primo nucleo della gestione, che al secondo.

²² FERRI-ROSSI, (nt. 6), 104.

²³ Trattasi della bozza approvata dal Consiglio dei Ministri in data 13 febbraio 2020, e sottoposta al parere delle Commissioni Parlamentari, su cui v. IRRERA, *La collocazione*, (nt. 6), 136 ss. Inutile

È forse eccessivo ritenere che l'intervento del decreto correttivo abbia una portata direttamente contraria alla teoria delle competenze implicite, ma è indubbio che l'effetto complessivo della tortuosa vicenda è quello di rafforzare l'idea per cui nelle s.p.a. sussistono particolarità tipologiche – derivanti essenzialmente dalla naturale apertura del tipo al mercato e dalla destinazione alla medio-grande impresa – che rafforzano le istanze di maggiore efficienza delle regole di *governance*.

In tal senso, l'elemento di maggiore criticità della teoria delle competenze implicite resta quello del *vulnus* alle istanze di certezza del riparto delle competenze e di stabilità delle decisioni societarie²⁴, che trova una sicura e ricorrente valorizzazione nell'ordinamento azionario²⁵, ed è viepiù evidente, ove si consideri che la concreta qualificazione di una decisione come d'interesse primordiale è operazione tutt'altro che agevole²⁶. Il rischio è confermato dal recente diffondersi di decisioni giudiziarie, che profilano anche la possibilità di un'impugnazione da parte dei creditori delle decisioni assunte dagli amministratori nelle materie in questione, al fine di neutralizzare atti asseritamente pregiudizievoli²⁷, oppure ad opera della stessa controparte, in caso di "pentimento" sull'operazione²⁸, così dischiudendo prospettive (verosimilmente infondate, ma comunque) preoccupanti²⁹.

Né convince il tentativo della teoria in questione di attenuare la distanza rispetto alla tesi che si limita a ricostruire un mero dovere obbligatorio di consultazione dell'assemblea da parte degli amministratori, sostenendo che la stabilità degli atti sarebbe assicurata dal regime di cui all'art. 2384, comma 2, c.c.³⁰. Ed infatti, la violazione delle (supposte) regole in materia di competenza non può non determinare un vizio della delibera, ed altresì una violazione di "diritti dei

soffermarsi oggi sui complessi problemi interpretativi che avrebbe dischiuso una tale soluzione normativa, ancor più confusa rispetto al testo contenuto nel d.lgs. 14/2019.

²⁴ Cfr. M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di s.p.a.*, Milano, Giuffrè, 2016, XXIX ss.

²⁵ Come condivisibilmente rileva ANGELICI, *A proposito*, (nt. 7), 74 ss., è in tal senso significativo il fatto che nelle s.p.a. le cause legali di recesso dei soci siano ancorate al presupposto di formali delibere modificative dello statuto, diversamente dalle s.r.l., in cui il recesso è previsto anche (e proprio) per le decisioni gestionali di cui all'art. 2437, co. 2, n. 5), c.c.

²⁶ Lo dimostrano, ad es., le alterne vicende giudiziarie tedesche, esposte da PORTALE-DE LUCA, (nt. 18), p. 768, nt. 5.

²⁷ Trib. Milano, 5 novembre 2017, in *Not.*, 2018, 439; Trib. Roma, 3 agosto 2018, in *Soc.*, 2018, 1371.

²⁸ Cfr. Trib. Piacenza, 14 marzo 2016, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, 377, in materia di violazione dell'art. 2479, comma 2, n. 5, c.c.

²⁹ Conf., ANGELICI, *A proposito*, (nt. 7), 63, 870 s.

³⁰ PORTALE-DE LUCA, (nt. 18), 775 s.

soci” ai sensi dell’art. 2388, comma 4, c.c.³¹, con la conseguenza di determinare quanto meno (a non voler applicare la “contrastata” figura delle limitazioni legali al potere di rappresentanza degli amministratori)³² l’applicabilità del più blando regime di inopponibilità di cui all’art. 2388, comma 5, c.c.³³.

Come ribadito anche recentemente³⁴, sul piano della costruzione teorica la tesi resta peraltro agganciata ad un presupposto indimostrato – e cioè quello di una “naturale” ed incomprimibile inerenza di tali decisioni alla sfera di competenza dei soci – che rischia di muoversi su piani simili a quelli della superata teoria dei “diritti individuali” dei soci³⁵, vista la sostanziale assenza nel panorama del diritto azionario di significativi punti di emersione del principio, e cioè di norme che attribuiscono all’assemblea competenze in materie gestionali d’interesse primordiale³⁶ e possano costituire la base per ricostruire un più ampio principio in tal senso.

Resta, pertanto, preferibile ritenere che il legislatore può disporre senza particolari limiti dell’articolazione interna di competenze, all’interno dei vari tipi azionari, e che le indicazioni di diritto positivo lasciano percepire una volontà legislativa, in materia di s.p.a., volta a ripartire secondo criteri certi e formali i rispettivi ambiti di competenza dell’organo amministrativo e dell’assemblea dei soci.

³¹ LIBERTINI – MIRONE – SANFILIPPO, (nt. 23), 43 s.

³² Per la nullità delle operazioni, in violazione della riserva di competenza di cui all’art. 2479, comma 2, n. 5, c.c., vedi Trib. Milano, 5 novembre 2017; e Trib. Roma, 3 agosto 2018, cit. *supra*, nt. 26.

³³ Va inoltre segnalato che, nella prospettiva di Trib. Roma, 1° aprile 2019, cit. *supra* a nt. 19, ogni singolo azionista avrebbe diritto a ricevere copia della documentazione relativa alle operazioni d’interesse primordiale.

³⁴ ANGELICI, *A proposito*, (nt. 7), 63.

³⁵ La tesi, fondandosi sull’idea che gli azionisti siano “esclusivi proprietari” dell’impresa, risulta per altro verso difficilmente compatibile con il progressivo affermarsi della *Corporate Social Responsibility*, che inevitabilmente comporta un rafforzamento del ruolo spettante agli amministratori (cfr. C. ANGELICI, *Divagazioni sulla responsabilità sociale d’impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, 3 ss.; G. FERRARINI, *Corporate Purpose and Sustainability* (Dec. 7, 2020), *ECGI working paper* n. 559/2020).

³⁶ Le norme che vengono, infatti, utilizzate in tal senso, afferiscono in realtà ad ambiti diversi dalla vera e propria gestione (vedi gli artt. 2365, 2420-bis, 2441, 2487: M. MAUGERI, *Sub art. 2365*, in *Comm. cod. civ.*, cit., 1515 ss.). Quanto all’art. 2361, comma 2, c.c., trattasi di norma che non può accostarsi alle decisioni d’interesse primordiale, essendo la competenza dell’assemblea ivi prevista in forza di caratteristiche del tutto particolari della fattispecie, che determina la sottoposizione della società a permanente responsabilità illimitata per attività svolta da terzi: v., ANGELICI, *A proposito*, (nt. 7), 78 s.; A. MIRONE, *Sub art. 2361*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d’Alcontres, Napoli, Jovene, 2014, 420.

3. L'esclusività delle competenze in materia di istituzione degli assetti organizzativi: valore "transtipico" e aspetti problematici

La formulazione degli artt. 2257, 2380-*bis* e 2475 c.c. – che prevedono adesso norme di identico tenore, nelle quali si attribuisce alla competenza esclusiva degli amministratori la «istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, c.c.», e cioè di un «assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale» – pone numerosi dubbi interpretativi, che possono essere finalmente affrontati alla luce di un testo definitivo, stando almeno al percorso previsto dalla legge delega.

Conviene, al riguardo, muovere da alcune considerazioni circa il carattere non del tutto scontato della scelta effettuata dal legislatore, che potrebbe pertanto essere in parte ridimensionata, rispetto al tenore apparentemente categorico delle norme.

In particolare, se non appare dubbia la possibilità di distinguere in modo abbastanza agevole le *decisioni organizzative* dell'impresa da quelle puramente gestionali³⁷, non appare altrettanto condivisibile l'idea che i soci non abbiano interesse, né titolo, in tutti i tipi societari, ad interferire in tali materie³⁸.

³⁷ In questo senso, A. MIRONE, *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *Rivista ODC*, 2020, 37; diversamente orientato, R. FORMISANI, *Business judgement rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine*, in *Riv. dir. soc.*, 2018, 480 ss. Al riguardo, pur essendo corretto evidenziare lo stretto collegamento che esiste tra profili organizzativi e concreto esercizio dell'attività imprenditoriale, ciò che non convince è la pretesa «impossibilità di individuare un condivisibile confine fra l'attività di gestione in generale e l'attività prodromica che più specificamente risulterebbe preordinata all'organizzazione interna», tanto da parlare di "indissolubile intreccio" (I. CAPELLI, *La gestione delle società di persone dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una prima lettura del nuovo art. 2257, primo comma, c.c.*, in *Rivista ODC*, 2019, 338). Al di là del fatto che il decreto correttivo impone oggi di delinearne detto confine, in realtà la materia degli assetti organizzativi presenta dei precisi connotati oggettivi, oggetto di precipue discipline aziendalistiche (M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi di mercato*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, dir. da Irrera, Bologna, Zanichelli, 2016, 23 ss.), che appaiono ben in grado di distinguere tale ambito da quello delle scelte imprenditoriali di mercato e di inquadrare pertanto la singola decisione nell'uno o nell'altro.

³⁸ In senso critico v. anche R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1287; CAPELLI, (nt. 36), 332 ss. Nel senso di un naturale interesse dei soci per le questioni organizzative, incluse le valutazioni in materia di assetti, nelle società chiuse, v. anche CETRA, *L'amministrazione delegata*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum P. Abbadessa, Torino, Giappichelli, 2014, 1679 ss.

La giusta considerazione, per la quale solo gli amministratori sono gli unici soggetti concretamente in grado di approntare gli assetti aziendali – occupandosi efficacemente delle necessarie fasi di predisposizione, cura e monitoraggio, in considerazione dello stretto contatto con l’attività imprenditoriale svolta³⁹ – non dovrebbe (almeno in linea teorica) precludere la possibilità di mantenere una voce in capitolo ai soci, ed anche formalmente all’assemblea, rispetto a profili che non interferiscano sul dovere inderogabile degli amministratori di assicurare o quanto meno perseguire il risultato dell’adeguatezza⁴⁰, richiesto dalla legge⁴¹.

Il sistema, in tal senso, contempla già indizi significativi in questo senso, anche nelle s.p.a., dove il riparto di competenze è generalmente più rigido. Basti pensare: *a*) alla possibilità che lo statuto – oltre che la relazione sul governo societario, comunque approvata dall’assemblea – disponga l’adesione della società a codici di autodisciplina, i quali prevedano determinati assetti organizzativi⁴²; *b*) alla possibilità per lo statuto di attribuire all’assemblea il potere di nomina di soggetti che svolgono un ruolo fondamentale nel funzionamento degli assetti, come l’organismo di vigilanza della l. n. 231 del 2001⁴³ o il dirigente preposto alla re-

³⁹ Cfr., *ex multis*, E. GINEVRA – C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1228 ss.; e v. anche SANTAGATA, (nt. 5), 1459 s., il quale valorizza il carattere “tecnico” delle competenze necessarie per l’istituzione e la cura degli assetti organizzativi, valutando positivamente la scelta del decreto correttivo.

⁴⁰ Nel senso che il parametro dell’adeguatezza debba essere ricavato sulla base delle risultanze delle scienze aziendalistiche, vedi G. MERUZZI, *L’adeguatezza degli assetti*, in AA.VV., *Assetti adeguati*, (nt. 36), 49 ss. Ritiene invece che l’adeguatezza debba essere verificata caso per caso, senza completo affidamento a modelli più o meno generalizzati, P. MONTALENTI, *Diritto dell’impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 628 s.; analogamente, con posizione equilibrata sul punto, V. CALANDRA BUONAURA, *L’amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Tratt. dir. comm.*, dir. da Costi, Torino, Giappichelli, 2019, 295 ss., il quale evidenzia che i criteri aziendalistici tendono a delineare *best practices*, innalzando il livello degli standard rispetto a ciò che dovrebbe considerarsi sufficiente per evitare responsabilità.

⁴¹ Non incide più di tanto, al riguardo, il noto dibattito sull’applicabilità della *business judgement rule* alla materia degli assetti (per riff., MIRONE, *L’organizzazione*, (nt. 36), 35 ss.; e recentemente, svalutando la portata delle disposizioni del c.c.i.i., E. BARCELLONA, *Business judgement rule e interesse sociale nella “crisi”*, Milano, Giuffrè, 2020, *passim*), che riguarda il tema dei presupposti della responsabilità civile degli amministratori.

⁴² Cfr. già N. SALANITRO, *Nozione e disciplina degli amministratori indipendenti*, in *Banca e borsa*, 2008, I, 12 (anzi nel senso di una naturale competenza dell’assemblea per l’adozione dei codici); SANFILIPPO, *I codici di autodisciplina societaria: nuovi profili di enforcement*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 960 s.

⁴³ La dottrina è divisa sulla spettanza del potere di nomina (cfr., nel senso della competenza assembleare, ad es., F. DI GIROLAMO, *I Compliance Programs: un tema di governo societario da svolgere*

dazione dei documenti contabili societari (art. 154-*bis* t.u.f.)⁴⁴; c) alla possibilità dell'assemblea, generalmente riconosciuta, di approvare regolamenti di funzionamento degli altri organi sociali⁴⁵ o regolamenti di *governance* del gruppo⁴⁶.

Tradizionalmente, si tendeva anzi a circoscrivere la competenza generale degli amministratori alla gestione, escludendo quelle competenze non strettamente gestionali, ma *lato sensu* organizzative⁴⁷, non espressamente attribuite dalla legge, come la richiesta di ammissione alla prima quotazione nei mercati regolamentati o la richiesta di auto-fallimento⁴⁸. E ancora oggi si dibatte tra la necessità di riconoscere anche in tali ambiti – dopo la riforma del 2003 – una competenza generale degli amministratori, e quella di valutare caso per caso⁴⁹.

Si può pertanto affermare che le scelte fondamentali di carattere organizzativo – all'interno delle quali potrebbero rientrare taluni profili degli assetti aziendali – non possono essere considerate neanche nelle s.p.a. (e tanto meno naturalmente nei tipi non azionari) del tutto impermeabili alla sfera d'interesse ed intervento dei soci⁵⁰.

Un modello di totale e generale *segregazione dei soci* non potrebbe del resto giustificarsi con l'esigenza di protezione degli investitori⁵¹, atteso che le norme presentano identico tenore in tutti i tipi societari, e che (quanto meno) nelle s.r.l. la ricorrenza di società che effettivamente raccolgono il risparmio tra il pubblico – indubbiamente valorizzata dal legislatore negli ultimi anni con la disciplina

a cura dell'assemblea?, in *Riv. soc.*, 2008, 982 ss.; contro, C. MANCINI, *Osservazioni a margine di un'interpretazione giurisprudenziale in tema di responsabilità da reato degli enti e modelli organizzativi*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, 62 ss.), ma non può dubitarsi della validità di una clausola che individui nell'assemblea l'organo competente.

⁴⁴ Cfr. P. VALENSISE, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in AA.VV., *Assetti adeguati*, (nt. 36), 320 ss.

⁴⁵ Sul punto, LIBERTINI – MIRONE – SANFILIPPO, (nt. 23), 50 ss., ove tuttavia si assume valore non vincolante ai regolamenti diversi da quello assembleare.

⁴⁶ Cfr. P. MONTALENTI, *I gruppi di società: dottrina, giurisprudenza e prassi*, in *Dir. econ. impr.*, 2016, 81 s.

⁴⁷ P. ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Tratt. Colombo – Portale*, vol. 2*, Torino, Utet, 1994, 42 ss.

⁴⁸ Cfr. M. DE MARI, *La quotazione di azioni nei mercati regolamentati: profili negoziali e rilievo organizzativo*, Torino, 2004, 62 s.

⁴⁹ ABBADESSA – MIRONE, *Le competenze*, (nt. 14), 321 ss.

⁵⁰ Diversamente orientati, nel senso che sussisterebbe una netta distinzione tra gestione "organizzativa" (riservata agli amministratori) e gestione "operativa" (in cui potrebbero ingerirsi i soci), N. ATLANTE – M. MALTONI – A. RUOTOLO, *Il nuovo art. 2475 c.c.: una prima lettura* (Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 58-2019/D), in *Riv. not.*, 2019, 5 s. Per una critica, evidenziando la mancanza di fondamento normativo della distinzione, SANTAGATA, (nt. 5), 1461.

⁵¹ Cfr. GINEVRA-PRESCIANI, (nt. 38), 1221 ss.

delle s.r.l. *start-up* innovative e PMI – è pur sempre residuale sul piano dell’effettività⁵².

Né può sovvenire l’esigenza di tutela dei creditori (e con essa la specifica finalità di rilevazione e tempestiva gestione della crisi). Da un lato, si può rilevare infatti che nelle società di persone, ove pure è previsto il principio di competenza esclusiva, i soci sono vieppiù interessati a prevenire la crisi, stante l’esposizione personale al fallimento, onde una prospettiva di completa neutralizzazione di ogni possibilità d’intervento nella materia risulterebbe difficilmente accettabile⁵³. Dall’altro, andrebbe tenuto fermo che ogni possibile meccanismo di coinvolgimento dei soci nella materia non dovrebbe, né potrebbe, mettere in discussione il dovere degli amministratori di istituire assetti adeguati, dovendosi sempre configurare un potere-dovere di resistenza (e disapplicazione) rispetto a delibere incompatibili con tali istanze⁵⁴.

Sul piano storico, è verosimile che il legislatore abbia perseguito l’intento, anche in vista dell’entrata in vigore delle nuove procedure di allerta e prevenzione, di rafforzare almeno formalmente il ruolo e l’autonomia degli amministratori nella materia; anche se la mancanza di sufficiente “lunghezza di braccio” tra soci e amministratori nelle società non azionarie finisce per accreditare l’idea di un valore declamatorio e ideologico della soluzione adottata⁵⁵.

Forse un serio elemento di preoccupazione del legislatore – più che derivare dall’argomento del socio “inesperto” in questioni organizzative, che dovrebbe allora valere per tutte le scelte gestionali – potrebbe derivare dal rilievo per cui l’elevazione degli *standard* organizzativi può incidere negativamente nel breve periodo sulla redditività delle partecipazioni sociali, con conseguente timore che

⁵² Naturalmente non si vuole con ciò disconoscere l’importanza dei noti interventi normativi, che hanno determinato la possibilità di configurare vere e proprie s.r.l. aperte, con caratteristiche più simili alle s.p.a. (*ex multis*, O. CAGNASSO, *Il quotista di s.r.l. aperta*, in *Nuovo dir. soc.*, 2019, 1482 s.; M. CIAN, *S.r.l. PMI, s.r.l., s.p.a.: schemi argomentativi per una ricostruzione del sistema*, in *Riv. soc.*, 2018, 822 ss.), ma solo rilevare che la presenza di questi sub-modelli non può costituire la ragione per cui la regola di competenza esclusiva è stata estesa alle società non azionarie (incluse le società di persone).

⁵³ Nel senso, invece, di una tendenziale equiparazione delle esigenze di regolamentazione tra società personali e s.r.l., CAPELLI, (nt. 36), 324.

⁵⁴ Cfr. M.S. SPOLIDORO, *Procedure d’allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, in *Riv. soc.*, 2018, 181 ss.

⁵⁵ Sembra tuttavia eccessivo ritenere che gli assetti siano destinati di per sé a scarsa efficacia nelle società chiuse, non già per i limiti che derivano dalle ridotte dimensioni aziendali, ma proprio per il rapporto di stretta vicinanza (o coincidenza) tra soci e amministratori: in tal senso, S. ADDAMO, *Responsabilità del collegio sindacale nella crisi di impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 923.

i soci siano meno propensi ad effettuare investimenti e ad affrontare costi in questo settore (specialmente se a discapito di altri, come ad es. i costi di *marketing* e sviluppo dei prodotti).

In ogni caso, il valore “transtipico” della formula “competenza esclusiva” inevitabilmente attenua (come avveniva più in generale per il v.t. dell’art. 377 c.c.i.i., rispetto all’intera gestione) l’apparente rigidità della norma, dovendosi quest’ultima confrontare – nei termini che si cercherà di illustrare – con il complessivo assetto normativo del singolo tipo societario.

In tal senso, è opportuna un’altra premessa. Sembra, infatti, divenuto oramai un inoppugnabile assunto, quello per cui le norme in materia di assetti apparirebbero alla *disciplina dell’impresa*, e non a quella della società⁵⁶. Questa prospettiva è corretta, nella misura in cui ricollega le norme in materia di assetti alla definizione di cui all’art. 2082 c.c., che già configura l’impresa come “sistema organizzato” ed “organismo funzionante”, ed all’art. 2086 c.c., che sancisce all’interno dell’impresa il principio di gerarchia⁵⁷.

Tuttavia, la scelta del legislatore di differenziare apertamente il regime dell’impresa individuale (per il quale, con norma peraltro non entrata in vigore⁵⁸, è previsto dall’art. 3 c.c.i.i. il più blando dovere di istituire «misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte») da quello dell’impresa collettiva⁵⁹ – senza utilizzare invece il parametro dell’impresa “minore” (individuale o societaria) – dimostra che le norme societarie in materia di assetti non sono riconducibili esclusivamente a tale logica, essendo norme che intervengono in via tipica solo nel caso in cui possa essere configurata (in via tipica o eventuale, come nelle società di perso-

⁵⁶ V., *ex multis*, FERRI – ROSSI, (nt. 6), 116 ss.; FORTUNATO, (nt. 18), 965 ss.; GINEVRA – PRESCIANI, (nt. 38), 1209 ss.; N. ABRIANI, *Organizzazione dell’impresa societaria e modello di prevenzione dei reati: recenti linee evolutive*, in *Riv. dir. impr.*, 2018, 543 ss.

⁵⁷ Cfr. LIBERTINI – MIRONE – SANFILIPPO, (nt. 23), XVI ss.

⁵⁸ Lo ricorda MOSCO, (nt. 4), 1034. E può aggiungersi che, a distanza di oltre due anni dall’emanazione del c.c.i., non si ha ad oggi nessuna certezza al riguardo.

⁵⁹ Evidenziano la diversità delle norme, V. DI CATALDO – L. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell’impresa e business judgement rule*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 69 ss., soprattutto con riguardo alla mera finalità di prevenzione della crisi degli assetti, prevista per l’impresa individuale. Nel senso che le “misure” di cui all’art. 4 c.c.i.i. potrebbero essere anche tutte esterne, M. BIANCA, *Allerta e dintorni: l’adozione delle misure idonee alla tempestiva rilevazione della crisi da parte dell’imprenditore individuale*, in *Rivista ODC*, 2020, 58. Perviene invece ad una sostanziale equiparazione, nonostante il diverso tenore letterale delle norme, tra gli altri, IRRERA, *La collocazione*, (nt. 6), 122 s.

ne) un’alterità tra i responsabili degli assetti da un lato, e i titolari dell’iniziativa imprenditoriale e destinatari dei risultati dall’altro⁶⁰.

Certamente l’impresa (o potrebbe forse meglio dirsi l’azienda) è il campo proprio di applicazione degli assetti, ma le norme che articolano le competenze tra gli organi sociali (artt. 2257, 2380-*bis* e 2475) ed al loro interno (artt. 2381 e 2475, u.co.) restano norme di diritto societario⁶¹, che devono in tal senso coordinarsi con la complessiva disciplina del tipo.

In tal senso, l’utilizzo del termine *istituzione*, contenuto dapprima nell’art. 2086 n.t., c.c., e dopo la riformulazione dell’art. 377 c.c.i.i., anche negli artt. 2257, 2380-*bis* e 2475 c.c., potrebbe indurre a prefigurare qualche margine di flessibilità del sistema.

Il riferimento alla “istituzione” degli assetti – assente nell’art. 2381 c.c., che suddivide i compiti degli organi delegati e del *plenum* nei due adempimenti della “cura” e della “valutazione” – è, infatti, senz’altro dovuto alla volontà del legislatore di prescrivere una regola di necessaria formalizzazione di tali strumenti⁶². In forza di tale criterio, e proprio al fine di assicurare il criterio di adeguatezza, è da ritenersi che le varie componenti degli assetti (organigrammi, mansionari, modelli, procedure aziendali, flussi informativi, etc.)⁶³ debbano essere oggetto di apposite deliberazioni (o di apposite determinazioni, in caso di delega) da parte dell’organo amministrativo.

E tuttavia, si potrebbe opinare che il legislatore abbia voluto in qualche modo delimitare la sfera della competenza esclusiva, riservando inderogabilmente all’organo amministrativo (non già la materia *tout court* degli assetti, ma) solamente la fase dell’effettiva predisposizione – che si avvicina in fondo a quella della “cura” di cui all’art. 2381, comma 5, c.c. (ivi incluso il costante monitoraggio di cui all’art. 14, comma 1, c.c.i.i.) – onde evitare che agli amministratori potesse

⁶⁰ Riconduce l’affievolimento dei doveri organizzativi previsto dall’art. 4 c.c.i. ad un *favor* per l’imprenditore individuale, criticando la scelta del legislatore, SPOLIDORO, *Note critiche*, (nt. 1), 253 ss., ma la lettura sarebbe in controtendenza con il sistema, che tende a favorire in generale l’evoluzione delle imprese individuali in s.r.l. (vedi l’istituzione della s.r.l. semplificata).

⁶¹ In tal senso, continua a mio avviso a mantenere interesse la (pur sovente criticata) prospettiva che aggancia il dovere di predisposizione degli assetti anche al dovere di diligenza di cui all’art. 2391 c.c. (P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto societario*, Liber amicorum G.F. Campobasso, II, Torino, Giappichelli, 2006, p. 493; e v. anche SPOLIDORO, *Note critiche*, (nt. 1), 265 ss.). In senso contrario, per la stretta derivazione dal principio di corretta amministrazione (art. 2403 c.c.), tra gli altri, MERUZZI, (nt. 39), 41 ss.; GINEVRA-PRESCIANI, (nt. 38), 1212 ss.

⁶² Cfr. MIRONE, *L’organizzazione*, (nt. 36), 31 ss.; FORMISANI, (nt. 36), 497 ss.

⁶³ Cfr. G. BIANCHI, *Una visione d’insieme*, in AA.VV., *Assetti adeguati*, (nt. 36), 149 ss.

essere mai riservato un ruolo esecutivo o comunque secondario e subordinato⁶⁴, ma senza con ciò impedire interventi circoscritti dei soci (vuoi nella “costruzione” a monte, vuoi nella “valutazione” a valle⁶⁵), che non pregiudichino la capacità degli amministratori di assicurare l’implementazione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile, nelle forme che possono ritenersi consentite dalla disciplina dei vari tipi societari.

4. Gli assetti e le s.p.a.: il possibile ruolo dell’assemblea e il meccanismo autorizzatorio dell’art. 2364, comma 1, n. 5, c.c.

Appurato che una regola generalizzata di “segregazione” dei soci nell’intera materia degli assetti per un verso non è imposta dalla formulazione dell’art. 337 c.c.i.i., e per altro verso sarebbe difficilmente compatibile con il sistema, occorre adesso articolare l’analisi, provando a delineare le possibili soluzioni nei vari tipi societari.

Va inoltre premesso che il chiaro riferimento dell’art. 377 c.c.i.i. all’assetto organizzativo, amministrativo e contabile, consente di superare alcune letture che erano state proposte in relazione al testo del d.lgs. n. 14 del 2019: e cioè da un lato quella (estensiva) che intendeva applicare la regola di competenza esclusiva all’intera “organizzazione della gestione dell’impresa”⁶⁶; e dall’altro quella (restrittiva) che vi ricomprendeva i soli assetti aventi finalità di prevenzione della crisi⁶⁷.

Quanto alle s.p.a., il primo interrogativo è quello relativo alla compatibilità del *meccanismo autorizzatorio* previsto dall’art. 2364, n. 5, c.c., il cui utilizzo

⁶⁴ V. BENEDETTI, (nt. 13), 445, il quale evidenzia che agli amministratori non potrebbe essere assegnata una discrezionalità meramente esecutiva.

⁶⁵ Sembrano consentire qualche spazio per un intervento dei soci in punto di valutazione degli assetti nella s.r.l., escludendo le fasi della predisposizione e della cura, prima delle recenti riforme, O. CAGNASSO, *Gli assetti organizzativi nella s.r.l.*, in AA.VV., *Assetti adeguati*, (nt. 36), cit., 581 ss.; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2005, 307.

⁶⁶ O. CAGNASSO, *Diritto societario e mercati finanziari*, in *Nuovo dir. soc.*, 2018, 849 ss. In senso critico, MONTALENTI, *Il Codice della crisi*, (nt. 5), 837, evidenziando il carattere eccessivamente ampio ed incerto della nozione, che rischiava di estendersi a tutta la gestione non meramente esecutiva.

⁶⁷ V. CALANDRA BUONAURO, *Amministrazione e gestione dell’impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 10. Rispetto a questa tesi, avrebbe potuto obiettarsi la difficoltà di distinguere tali assetti da quelli più generali, ma la ripartizione non è in effetti implausibile, ove si valorizzi l’autonomia della funzione di gestione del rischio dalle altre componenti degli assetti. La soluzione adottata dal legislatore è tuttavia preferibile, stante la stretta connessione delle varie componenti necessarie affinché il complessivo assetto organizzativo, amministrativo e contabile risulti adeguato e ben funzionante.

statutario sembrerebbe l’unico strumento a disposizione per coinvolgere i soci in materia di assetti.

In effetti, nulla esclude che già lo statuto a monte ponga delle regole in materia di assetti, a condizione che le stesse siano compatibili con il principio di adeguatezza⁶⁸: ad es., lo statuto potrebbe vietare l’esternalizzazione degli assetti o prevedere l’obbligatorietà della nomina di alcune funzioni aziendali interne (come il *risk management*).

Più delicato, tuttavia, è il punto relativo alla possibile applicazione del meccanismo autorizzatorio⁶⁹, atteso che tale strumento presuppone il potere di iniziativa degli amministratori, e che la mancata autorizzazione di talune misure organizzative da questi proposte all’assemblea non potrebbe certo far venire meno il dovere di istituire, curare e valutare assetti adeguati.

A costituire un potenziale ostacolo non è, pertanto, il principio di competenza esclusiva, che è certamente compatibile con un “misurato” utilizzo dello strumento autorizzatorio⁷⁰, ma proprio le particolarità della materia, che impone comunque un dovere specifico in capo all’organo amministrativo.

Vi è, tuttavia, che gli spazi di discrezionalità tecnica per raggiungere tale risultato possono essere molto ampi, onde appare eccessivamente rigida una scelta di totale preclusione dell’intervento autorizzatorio, tenuto conto che lo stesso sarebbe opportunamente mediato dal potere esclusivo di proposta degli amministratori, i quali rimarrebbero per altro verso liberi di dar corso alla misura, ove la ritenessero indispensabile nel caso concreto per raggiungere un adeguato livello organizzativo⁷¹.

Ad es., clausole autorizzatorie in materia di nomina delle funzioni aziendali di vertice degli assetti, che prevedano un *placet* dell’assemblea, non appaiono incompatibili con tale criterio, potendo in linea di massima l’organo amministrativo reperire figure alternative a quelle non gradite dai soci.

Sembrano valide anche clausole che richiedano l’autorizzazione dell’assemblea per l’esternalizzazione di funzioni aziendali, ben potendo in linea di massi-

⁶⁸ Conf., D. LAELLA, *Ruolo del professionista e assetto dei controlli interni: prime riflessioni sul codice della crisi d’impresa (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*, in *Riv. dir. fall.*, 2020, 371.

⁶⁹ Esprimono forti dubbi, GINEVRA-PRESCIANI, (nt. 38), 1229 ss., i quali evidenziano il rischio di una paralisi operativa in caso di mancata autorizzazione delle proposte degli amministratori.

⁷⁰ Diversamente orientato, SANTAGATA, (nt. 5), 1479, il quale ritiene che nelle s.r.l. il principio di competenza esclusiva precluda il ricorso al meccanismo autorizzatorio (in particolare, con riferimento a diritti speciali del singolo socio).

⁷¹ Detta valutazione dovrebbe essere esplicitata per trasparenza dagli amministratori all’organo assembleare e determinerebbe (in disparte di ciò che può essere previsto dallo statuto) la riqualificazione occasionale della sede deliberante da autorizzatoria a meramente consultiva.

ma l'organo amministrativo (sia pure con minori o maggior difficoltà e/o costi, naturalmente salvo casi eccezionali) realizzare assetti adeguati all'interno della società.

Più opinabile è se lo statuto possa subordinare all'autorizzazione dell'assemblea l'adozione di specifiche modalità di articolazione o di composizione degli assetti⁷², come il modello di cui al d. lgs. n. 231 del 2001⁷³.

Sul punto, il nuovo art. 2380-*bis* sembra precludere la possibilità di prevedere in statuto una vera e propria competenza deliberativa da parte dell'assemblea⁷⁴, o a anche solo il potere dell'assemblea di imporre agli amministratori l'adozione del modello⁷⁵.

Tuttavia, anche in tal caso non è da escludere un intervento autorizzatorio dell'assemblea, la cui eventuale determinazione negativa potrebbe essere disattesa dagli amministratori solamente ove in concreto l'adozione del modello risulti effettivamente necessaria per raggiungere un complessivo livello di adeguatezza degli assetti⁷⁶.

La materia degli assetti si presta, tuttavia, decisamente meglio all'utilizzo di meccanismi atipici di raccordo, come le *raccomandazioni non vincolanti*⁷⁷, che

⁷² Nel senso, ad es., della non obbligatorietà in via generale di un'autonoma funzione di *risk management* o di *compliance*, CALANDRA BUONAURO, *L'amministrazione*, (nt. 39), 298.

⁷³ Lo ipotizza PRESCIANI, *Il modello organizzativo ex artt. 6-7 d.lgs. 231/2001*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, 749.

⁷⁴ Nel senso che l'assemblea sia l'organo competente *ex lege* (posizione minoritaria), R. RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Soc.*, 2001, 1301. Ritiene che il modello di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 abbia funzione parzialmente diversa da quella complessiva degli assetti, in quanto volto a "prevenire" e non a "gestire" il rischio di reati, ABRIANI, *Organizzazione*, (nt. 55), 556 (conf., S.A. CERRATO – G. PEIRA, *Risikogesellschaft e corporate governance: prolegomeni sulla costruzione degli assetti organizzativi per la prevenzione dei rischi. Il caso delle imprese agroalimentari*, in *Riv. soc.*, 2019, 152), ma la tesi non appare convincente, atteso che anche generalmente nella conformazione degli assetti possono immaginarsi (a seconda del tipo di impresa ed attività) rischi di particolare gravità (si pensi ad es. a gravi rischi ambientali o finanziari) che devono essere prevenuti a monte dalla società nel modo più efficace possibile (conf., per l'omogeneità di funzione tra modelli *ex d.lgs. 231/2001* ed assetti, PRESCIANI (nt. 72), 745, che configura uno "schema piramidale" tra assetti e modelli settoriali).

⁷⁵ In tal senso, invece, tra gli altri, SFAMEMI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in materia di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, 172.

⁷⁶ Ritiene ormai tendenzialmente obbligatoria l'adozione del modello (anche se la valutazione è verosimilmente riferita alle società di rilevanti dimensioni), ABRIANI, *Organizzazione*, (nt. 55), 554. Diversamente orientata, per un esame caso per caso, alla luce delle specificità del settore e dell'impresa, PRESCIANI, (nt. 72), 756 ss.

⁷⁷ Sulle c.d. *precatory resolutions*, v. M. MAUGERI, *Sub art. 2365*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da Gabrielli, Torino, Utet, 2015, 837.

potrebbero essere utilmente provocate da clausole che introducano – analogamente a quanto previsto per le regole di governo societario dall’art. 123-*bis* t.u.f. (che prevede peraltro già, al comma 2, una sezione contenente informazioni sulle «pratiche di governo societario effettivamente applicate dalla società al di là degli obblighi previsti dalle norme legislative o regolamentari» e sulle «principali caratteristiche dei sistemi di gestione dei rischi e di controllo interno in relazione al processo di informativa finanziaria, anche consolidata, ove applicabile») – un’apposita relazione degli amministratori sull’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società.

E a dette raccomandazioni, pur formalmente non vincolanti, si applicherebbe il criterio per il quale l’organo amministrativo dovrebbe potersene discostare solamente con deliberazione motivata⁷⁸, in ispecie avuto riguardo proprio al criterio normativo di adeguatezza degli assetti.

In definitiva, la regola di competenza esclusiva degli amministratori in materia di istituzione degli assetti lascia intravedere una valutazione per cui il legislatore intende lasciare in linea di principio ampia discrezionalità agli amministratori su tali scelte⁷⁹, ma ciò non sembra precludere interventi mirati dell’assemblea, che avverrebbero “in contraddittorio” con l’organo amministrativo, secondo forme (vuoi di autorizzazione, vuoi di consultazione) che, essendo in via generale compatibili con il principio di esclusività della gestione, non appaiono neanche in irreparabile contrasto con il principio di (altrettanta) esclusività nella istituzione degli assetti.

5. (*Segue*) La delega e l’articolazione delle competenze in materia di assetti

Rilevanti problemi di riparto delle competenze si pongono nelle s.p.a. anche all’interno dell’organo amministrativo, in caso di ricorso allo strumento della

⁷⁸ LIBERTINI-MIRONE-SANFILIPPO, (nt. 23), 32, ove critica della tesi secondo cui non sussisterebbero precisi doveri formali degli amministratori a fronte di raccomandazioni gestionali dell’assemblea (V. PINTO, *Sub art. 2364*, in *Le società per azioni*, a cura di Abbadessa e Portale, Milano, Giuffrè, 2016, 857). Così, ad es., se l’assemblea deliberasse di invitare gli amministratori a dotarsi di un sistema di controllo interno, l’eventuale inerzia non motivata (a prescindere dalla stretta necessità di tale adozione onde raggiungere un livello di sufficiente adeguatezza degli assetti) ben potrebbe costituire giusta causa di revoca dell’organo gestionale. Dovrebbe invece escludersi la possibilità per i soci di impugnare ai sensi dell’art. 2388 c.c. la delibera degli amministratori che non tenga conto della raccomandazione assembleare (il tema può in realtà porsi più in generale — nel senso di valutare se e in quali casi delibere degli amministratori in materia di assetti contrarie al principio di adeguatezza possano essere impuginate dai soci — ma in questi termini non può essere affrontato nella presente sede).

⁷⁹ BENEDETTI, (nt. 13), 443 ss.

delega di funzioni, che prevede una chiara ripartizione⁸⁰, nel modello legale, tra la fase della “cura” assegnata all’amministratore delegato, e quella della “valutazione” assegnata al consiglio.

In questo contesto, la locuzione “istituzione”, intesa come “predisposizione”, sembra decisamente più vicina e sostanzialmente assimilabile a quella della cura, che a quella della valutazione. E che l’istituzione degli assetti possa essere oggetto (e sia tendenzialmente oggetto) di delega non è in alcun modo impedito dal principio di competenza esclusiva in capo agli amministratori, previsto infatti anche per la gestione, che si ritiene a sua volta interamente delegabile, con la sola eccezione delle materie di cui all’art. 2381, co. 4, c.c.

In realtà, un modello senz’altro efficiente ed “adeguato”, è quello che mantiene (per statuto o decisione dell’assemblea o del consiglio) alla sede collegiale alcune competenze deliberative (e non meramente valutative), come l’approvazione dei regolamenti interni, la definizione delle linee di indirizzo del modello ed eventualmente anche la nomina dei responsabili delle funzioni aziendali di vertice. Competenze che possono essere rafforzate, anche sul piano istruttorio, dalla costituzione di appositi comitati⁸¹.

Non v’è dubbio, inoltre, che il potere di istruzione, avocazione e sostituzione, di cui all’art. 2381, comma 3, c.c., possa essere esercitato dal collegio in relazione a qualsiasi decisione attinente alla materia degli assetti, senza limiti di sorta⁸².

Meno sicura, invece, è l’idea, pur diffusa, che il dovere di cura degli assetti possa permanere interamente in capo al consiglio di amministrazione, anche in caso di *delega gestionale piena*. La soluzione positiva viene, infatti, generalmente ricavata dalla posizione di supremazia gerarchica dell’organo collegiale⁸³, ma tale argomento formale sembra dover cedere il passo alla necessità di una valutazione sull’effettiva “adeguatezza” di un modello che privi l’amministratore dele-

⁸⁰ CALANDRA BUONAURO, *L’amministrazione*, (nt. 39), 255 ss.

⁸¹ V., per le società quotate, l’art. 6, § 35, *Codice di corporate governance*, Borsa italiana s.p.a.; e per le banche, la Sez. IV, § 2.3., delle Disposizioni di vigilanza della Banca d’Italia.

⁸² ABBADESSA, *Profili tipici*, (nt. 60), 493 ss., I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum A. Piras, Torino, Giappichelli, 2010, 713. In senso più restrittivo, M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, (nt. 64), 261, partendo dal presupposto che il complessivo assetto dell’art. 2381 c.c. preveda una conformazione inderogabile a due livelli. Tuttavia, il modello dell’art. 2381 c.c. non sembra poter prescindere dalla piena fruibilità dei meccanismi di raccordo (istruzione e avocazione) previsti dalla norma, senza i quali non resterebbe altra soluzione, in caso di contrasto, se non quella (tendenzialmente inefficiente, se non altro per i costi che comporta) della revoca.

⁸³ CALANDRA BUONAURO, *L’amministrazione*, (nt. 39), 261 s.; ABBADESSA, *Profili tipici*, (nt. 60), 496; contro, nel senso del testo, IRRERA, *Assetti*, (nt. 64), 256 ss.

gato dei poteri d’intervento diretto sul funzionamento degli assetti. Può rilevarsi, in altri termini, che la regola di adeguatezza, di per sé prevista per il funzionamento degli assetti, non può non valere anche per l’articolazione di competenze decisionali all’interno dell’organo amministrativo⁸⁴.

Non andrebbe pertanto trascurata una soluzione più rigida, che assegni nelle s.p.a. al modello legale dell’art. 2381 c.c. un carattere almeno parzialmente inderogabile, a tutela dell’esigenza di assicurare un accettabile livello di efficienza nell’organizzazione delle competenze interne.

Non a caso, l’ultima versione del codice di autodisciplina delle società quotate (art. 6, § 32.b)⁸⁵ assume la necessità che il *chief executive officer* sia «incaricato dell’istituzione e del mantenimento del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi».

In caso di delega piena si determina, infatti, una situazione di stretto e quasi esclusivo contatto tra l’amministratore delegato e la struttura aziendale, tale da rendere verosimilmente necessaria, per lo stesso buon esercizio della delega, la dotazione di poteri decisionali sugli assetti⁸⁶. Il che, per altro verso, rende poco convincente anche la soluzione di affiancare l’amministratore delegato con un ulteriore delegato *ad hoc* nella materia degli assetti⁸⁷.

Sotto altro profilo, appare discutibile anche l’idea che la materia degli assetti possa essere affidata mediante *deleghe interne* (a prescindere dalla concreta de-

⁸⁴ Nel senso che il principio di adeguatezza riguardi anche l’organizzazione societaria (e cioè la «determinazione dei diversi “organi” dotati di competenze giuridicamente rilevanti»), con potenziale «efficacia invalidante su atti societari (delibere assembleari o dell’organo amministrativo o di quello di controllo) che siano in contrasto con il principio stesso», M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell’organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 8, 10.

⁸⁵ Su cui v. P. MARCHETTI, *Il nuovo Codice di Autodisciplina delle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2020, 278 ss. Nella precedente versione (art. 7.P.3) era invece prevista la necessità che il consiglio di amministrazione individuasse “uno o più amministratori” (e pertanto non necessariamente il CEO) “incaricati dell’istituzione e del mantenimento di un efficace sistema di controllo interno e di gestione dei rischi”.

⁸⁶ Secondo l’opinione di ABBADESSA, *Profili topici*, (nt. 60), 496, non sarebbe corretto «interdire al consiglio di ritenere (...) una funzione che, in difetto di delega (generale), gli sarebbe tranquillamente imputata». Tuttavia, sembra di poter osservare che il problema va affrontato alla luce della (e non prescindendo dalla) scelta adottata, di ricorrere alla delega generale. In tal senso, se da un lato risulta ingiustificatamente rigida la tesi che nega o limita il potere di avocazione (e istruzione) su singole questioni, dall’altro appare contraria al principio di efficienza l’idea di una delega generale che preveda una totale ritenzione al collegio della cura degli assetti.

⁸⁷ CALANDRA BUONAUORA, *L’amministrazione*, (nt. 39), 264 s. Tale soluzione è stata espunta dall’ultima versione del Codice di autodisciplina (v. *supra*, nt. 84).

terminazione dei compiti affrontati, che potrebbe andare da poteri di istruzione e proposta, fino a compiti esecutivi di delibere del consiglio, o di controllo sull'esecuzione da parte degli uffici)⁸⁸.

Pur volendo accedere (per vero senza riserve) alla tesi secondo cui la riforma del 2003 avrebbe tendenzialmente liberalizzato tali prassi societarie⁸⁹, in senso ostativo sembra ancora una volta deporre il rilievo normativo che il c.c.i.i. ha attribuito all'esigenza di "formalizzazione" dell'intero processo organizzativo ed al ruolo dell'organo amministrativo nella materia in questione. In assenza di autorizzazione statutaria o assembleare, non sembra, pertanto, che una ripartizione interna di deleghe possa determinare forme di esonero da responsabilità in capo ai soggetti non delegati⁹⁰, potendosi anche dubitare della regolarità di tali prassi sul piano della legittimità.

Per altro verso, il modello della delega permette di riferire all'amministratore delegato anche la precisazione circa la necessità di *costante valutazione* sull'a-

⁸⁸ Conf., A. LOLLI – M.G. PAOLUCCI, *Gli assetti organizzativi adeguati e la responsabilità dell'organo amministrativo tra collegialità e organi delegati: la nuova impostazione del codice della crisi nella versione riformata dal primo "correttivo"*, in *Riv. dir. soc.*, 2020, 374, i quali ritengono però, con soluzione eccessiva, che le deleghe interne debbano ormai ritenersi *tout court* vietate quale assetto organizzativo contrario al principio di adeguatezza. Ed infatti, il riferimento dell'art. 2382, comma 1, c.c., alle funzioni «in concreto attribuite ad uno o più amministratori» resta argomento solido in favore della tesi che ammette in via generale ricorso a tale figura. L'affermazione secondo cui il ricorso a deleghe atipiche rappresenterebbe di per sé un meccanismo "inadeguato" non è, peraltro, argomentata e dimostrata, ben potendosi ritenere che esso possa corrispondere (sia pure con limiti e cautele che non possono essere esaminate in questa sede) ad istanze di efficienza e flessibilità nel funzionamento dell'organo amministrativo, che meritano di essere valorizzate quand'anche non sia prevista un'apposita autorizzazione dallo statuto o dall'assemblea.

⁸⁹ Cfr. ABBADESSA, *Profili topici*, (nt. 60), 509 ss.; G. FERRI JR., *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 631; F. BARACHINI, *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, Giappichelli, 2004, 69; V. DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione di minoranza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 647. È bene peraltro ricordare che, secondo l'opinione prevalente, la delega interna consente di evitare il vincolo della responsabilità solidale, fermo restando che la mancanza di autorizzazione non è priva di conseguenze, atteso che i singoli componenti non potrebbero assolvere all'obbligo di vigilanza con il semplice rispetto delle regole "tipizzate" e procedurali sui flussi informativi definite dall'art. 2381 c.c., giacché l'attenuazione dei controlli da parte dei consiglieri deleganti implicita in tali regole si giustifica solo a seguito del consenso dei soci al conferimento delle deleghe (contro, ma senza persuadere, M.S. DESARIO, *L'amministratore delegato nella riforma delle società*, in *Soc.*, 2004, 94).

⁹⁰ A. ZANARDO, *La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione*, in AA.VV., *Assetti adeguati*, (nt. 36), 275 ss.

deguatezza degli assetti⁹¹, prevista dall’art. 14 c.c.i.i., che deve riferirsi in realtà proprio alla fase della cura, trattandosi nella specie di una valutazione *in itinere*, e non di quella valutazione periodica, che l’art. 2381, comma 4, c.c., assegna inderogabilmente al collegio (e che ad es., l’art. 6, § 33, cod. autodisciplina, prevede debba espletarsi una volta l’anno).

Occorre inoltre confrontarsi, alla luce delle nuove previsioni codicistiche, su alcune questioni dibattute ed ancora aperte.

In caso di *delega parziale*, si discute se il dovere di cura degli assetti spetti comunque all’amministratore delegato o debba ritenersi implicitamente trattenuto al consiglio⁹². Il problema naturalmente si pone solo se la delega parziale non contenga alcuna previsione in materia di assetti, atteso che è certamente possibile una delega integrale della fase di “cura” anche in caso di delega speciale. A sua volta, una siffatta delega – esplicita o implicita – può essere prefigurabile solamente se parziale ma non eccessivamente circoscritta, atteso che il dovere di cura presuppone, come già detto, un’effettiva capacità di costante contatto con l’apparato aziendale.

Ciò premesso, la soluzione preferibile è quella di ritenere che in tal caso l’amministratore delegato – indipendentemente da quanto previsto nella delega – abbia un dovere di cura degli assetti, limitatamente a quegli ambiti che possono essere direttamente o indirettamente ricompresi nella delega gestionale⁹³. Ad es., se la delega riguarda solamente l’attività imprenditoriale su mercati esteri, essa

⁹¹ Sulle caratteristiche del controllo “costante”, per una lettura riduttiva della norma, vedi MIRONE, *L’organizzazione*, (nt. 36), 34; P. BENAZZO, *Il codice della crisi di impresa e l’organizzazione dell’imprenditore ai fini dell’allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, 283 ss. Diversamente orientati, nel senso che l’art. 14 c.c.i.i. richieda da parte del *plenum* una maggiore continuità rispetto al passato nell’attività di valutazione, LOLLI-PAOLUCCI, (nt. 87), 381 ss.

⁹² Ad avviso di LOLLI-PAOLUCCI, (nt. 87), 372 s., sussisterebbe un dovere di esplicitare nella delega le attribuzioni in materia di assetti, ma il modello legale di cui all’art. 2381 c.c. sembra prevedere effettivamente un regime suppletivo, applicabile in caso di generale delega gestionale.

⁹³ Nel senso di una piena competenza dell’amministratore con delega parziale, con soluzione eccessivamente ampia, ZANARDO, (nt. 89), 262, sulla base del rilievo testuale per cui l’art. 2381 c.c. non prevede alcunché in relazione al livello di completezza della delega, ma è agevole obiettare come il modello considerato dal legislatore sia chiaramente quello della delega piena (ABBADESSA, *Profili topici*, (nt. 60), 495). Nel senso della competenza consiliare, CALANDRA BUONAURO, *L’amministrazione*, (nt. 39), 264; ABBADESSA, *Profili topici*, (nt. 60), 494 ss. Per la competenza dell’amministratore delegato “parziale” per l’adozione del modello *ex* d.lgs. 231/2001, PRESCIANI, (nt. 72), 755, ma la soluzione appare discutibile ove generalizzata, tenuto conto che il modello in questione è unitario, e che il carattere parziale della delega operativa potrebbe compromettere la necessaria vicinanza dell’organo delegato a profili organizzativi particolarmente interessati da determinate fattispecie di reato.

includerà implicitamente gli assetti organizzativi delle unità aziendali destinate a tale attività, ma non gli assetti generali della società.

Naturalmente, non potrà parlarsi di delega parziale ove la delega gestionale sia piena, salvi alcuni poteri riservati al consiglio in materia di operazioni strategiche ed altre particolari decisioni: in tal caso, resta fermo il modello legale, che assegna il dovere di cura in capo all'organo delegato.

Questa soluzione permette di risolvere coerentemente anche l'ipotesi di *delega frazionata* a più amministratori, che dovranno ritenersi comunque responsabili per la cura dei rispettivi assetti, ferma l'esigenza di un coordinamento – sia (ove occorra) interpersonale tra gli organi delegati, sia (necessariamente) in sede collegiale – onde assicurare complessiva coerenza all'intero assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società⁹⁴.

L'espressa riserva di competenza in capo agli amministratori sembrerebbe determinare, infine, un ostacolo normativo al rilascio di un'apposita delega al *direttore generale*, che pure è espressamente prevista nella regolamentazione secondaria delle banche⁹⁵, ove trattasi di istituti di minori dimensioni e non sia prevista la nomina di un amministratore delegato.

Sul piano organizzativo, appare tuttavia discutibile una soluzione così rigida⁹⁶, atteso che il dovere di "cura" potrebbe essere assolto talora in modo più efficace dal direttore generale, piuttosto che da un organo collegiale, quanto meno in un assetto particolarmente "vigilato", nel quale: (i) il dovere di valutazione venga declinato in misura stringente con riferimento sia al dettaglio dell'attività di controllo, sia alla periodicità della stessa; (ii) s'intenda la "cura" (di cui all'art. 2381, comma 3, c.c.) in senso restrittivo, escludendo senz'altro la predisposizione dell'architettura generale degli assetti (macrostruttura, procedure, regolamenti, nomine delle funzioni di vertice, etc.).

Una volta ritenuta l'efficacia di un tale modello organizzativo, potrebbe risultare incoerente derivarne la totale ininfluenza in punto di responsabilità del con-

⁹⁴ Cfr. G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2005, 216 ss.; CALANDRA BONAURA, *L'amministrazione*, (nt. 39), 264.

⁹⁵ Vedi A.M. LUCIANO, *Il direttore generale di s.p.a. tra diritto societario comune e diritto societario delle banche*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1492 ss. La previsione di tale eventualità (in modo peraltro obbligatorio, ove manchi l'amministratore delegato) nella regolamentazione delle banche non è priva di rilievo, valendo quanto meno a dimostrare che l'assetto in questione può determinare vantaggi in termini di efficienza.

⁹⁶ In senso favorevole, IRRERA, *Assetti*, (nt. 64), 35 s. Per l'opinione contraria, v., LOLLI-PAOLUCCI, (nt. 87), 375; e con riferimento al modello ex d.lgs. n. 231 del 2001, PRESCIANI, (nt. 72), 754, secondo cui il direttore generale potrebbe avere solo funzioni ausiliarie.

siglio⁹⁷, che dovrebbe poter trovare una qualche forma di attenuazione rispetto al caso di pieno esercizio delle competenze da parte dell'organo amministrativo (si pensi a danni provocati da scelte esecutive e/o di livello secondario, ragionevolmente delegate dal consiglio al direttore generale), ove si accolga l'idea che l'intenzione del legislatore, nel prevedere la regola di esclusività, era essenzialmente quella di disciplinare il riparto di competenze tra soci e amministratori.

6. Gli assetti e le s.r.l.: le decisioni dei soci

Il principio di competenza esclusiva in materia di gestione ha avuto breve vita nelle *società a responsabilità limitata*, essendo stato sostituito dal decreto correttivo con la ben più limitata regola di esclusività nella «istituzione degli assetti di cui all'art. 2086, secondo comma».

Il legislatore delegato ha, pertanto, ripristinato nelle s.r.l. quel particolare modello di organizzazione delle competenze gestionali, che era stato efficacemente qualificato come vero e proprio sistema di «competenza legale concorrente»⁹⁸, grazie alla riserva di potere statutario prevista dall'art. 2479, comma 1, c.c., e soprattutto al permanente potere di rimessione e/o avocazione, previsto dalla stessa norma a favore di ogni amministratore e del terzo del capitale sociale.

In questo contesto, la regola di esclusività degli assetti si pone come deroga al sistema legale di ripartizione delle competenze tra soci ed amministratori, al contrario di quanto vale nelle s.p.a., in cui rappresenta conferma del principio generale di cui all'art. 2380-*bis*, prima parte, c.c. Ci si può chiedere, pertanto, se il contesto tipologico delle s.r.l., pur in presenza di un tenore letterale identico, consenta di pervenire a soluzioni che consentano un maggiore spazio d'intervento ai soci⁹⁹.

In effetti, a livello generale le s.r.l. si caratterizzano, diversamente dalle s.p.a., per la possibilità che le delibere gestionali dei soci presentino carattere decisorio e vincolante, anziché autorizzatorio, fermo restando il potere di resistenza degli amministratori rispetto a decisioni che possano fondatamente esporre a conseguenze risarcitorie¹⁰⁰. Tuttavia, potrebbe obiettarsi che l'assegnazione ai soci di

⁹⁷ Così, invece, ZANARDO, (nt. 89), 277.

⁹⁸ Cfr., tra gli altri, M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, in *Tratt. s.r.l.*, a cura di Ibba e Marasà, vol. 4, Padova, Giappichelli, 2009, 9; A. MIRONE, *Sub art. 2479*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da Gabrielli, Torino, Giappichelli, 2015, 738 ss.

⁹⁹ Così, rispetto al testo originario dell'art. 377 c.c.i.i., anche IBBA, (nt. 2), 250 ss.

¹⁰⁰ V., *ex multis*, M. MOZZARELLI, *Decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori nei confronti della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2008, 409 ss.

un vero e proprio potere decisorio nella materia degli assetti comporterebbe la sostanziale vanificazione del nuovo disposto normativo, al quale occorre attribuire valore pregnante, vieppiù alla luce del tortuoso percorso normativo che ha visto affermare – a torto o a ragione – una regola pur settoriale di competenza esclusiva.

In linea di massima, anche nelle s.r.l. dovrebbero pertanto valere in materia di assetti le regole operative che si è tentato di ricostruire nelle s.p.a., sulla base delle quali può delinearsi uno spazio al meccanismo statutario dell'autorizzazione di cui all'art. 2364, n. 5, c.c. In tale contesto, l'iniziativa dovrebbe essere assunta dall'organo amministrativo in quanto tale, secondo il modello tipico delle autorizzazioni, per i casi espressamente indicati in statuto.

Al di là di questa ipotesi, che appare comunque residuale sul piano pratico, non sembra che sussistano gravi ostacoli a ritenere che possa essere esercitato (dal singolo amministratore o dai soci) su determinate questioni il *potere di avocazione e provocazione* previsto dall'art. 2479, comma 1, c.c., così determinando una maggior facilità d'intervento dei soci nella materia, sulla base delle esigenze che si sviluppano in concreto nella vita della società. Del resto il meccanismo della riserva statutaria mal si attaglia ad un efficace coinvolgimento della compagine sociale, stante la necessità di predeterminare rigorosamente a monte i casi nei quali l'assemblea dovrebbe intervenire. Lo strumento dell'avocazione/rimessione appare, invece, ben più utile e coerente con le caratteristiche delle s.r.l., quale sistema di raccordo tra la compagine e l'organo amministrativo, in un contesto tipologico intrinsecamente connotato da costante dialogo tra i due organi sociali¹⁰¹.

Altro profilo riguarda naturalmente il valore formale delle conseguenti determinazioni, ove non siano tipicamente di competenza dei soci (si pensi alla revoca dell'organo amministrativo, in esito a relazioni che si rivelino deludenti o a contrasti sulle misure da adottare), ma entrino nel merito della configurazione degli assetti.

A tal riguardo, l'intenzione del legislatore appare in effetti chiara, nel senso di operare una vera e propria riserva di competenza nella materia in questione¹⁰². Non basterebbe, pertanto, limitarsi ad una prospettiva "sostanzialistica",

¹⁰¹ Nulla sembra impedire, inoltre, che il terzo del capitale sociale richieda di poter effettuare occasionalmente una "valutazione" di adeguatezza degli assetti, pretendendo che l'organo amministrativo riferisca sul punto e adottando all'esito eventuali determinazioni.

¹⁰² Come si è visto sopra, § 1, nel vigore del testo originario del c.c.i.i. una parte della dottrina aveva adottato una lettura riduzionista della norma, al fine di salvaguardare la complessiva coerenza del sistema. In particolare, quanto alle s.r.l., si era sostenuto che il principio di esclusività nelle s.r.l.

affermando che l'assemblea potrebbe deliberare su singole questioni, laddove non intervenga in modo pervasivo nella materia (pretendendo, ad es., di intervenire stabilmente sugli organigrammi, o sull'approvazione e la revisione del modello organizzativo ex d.lgs. n. 231 del 2001) o giunga addirittura ad "esautorare" complessivamente l'organo amministrativo rispetto alla competenza prevista dall'art. 2475, comma 1, c.c. Occorre invece ritenere che, quand'anche la delibera si concentri su questioni isolate e specifiche (ad es., la nomina di una funzione aziendale interna o la decisione di esternalizzare gli assetti), il valore formale della stessa non possa comunque eccedere – per espressa scelta del legislatore – quello di una raccomandazione non vincolante¹⁰³, che può determinare un dovere di motivazione a carico dell'organo amministrativo nel caso in cui l'indicazione venga disattesa, ma non la definitiva chiusura del procedimento deliberativo (*supra*, § 4). Ogni "decisione" dell'assemblea dovrà pertanto essere formalmente recepita in conseguenti atti e determinazioni dell'organo amministrativo, per acquistare la dovuta efficacia all'interno dell'organizzazione aziendale e sul piano negoziale.

7. (Segue) L'impatto delle nuove norme sulla delega di funzioni e sui modelli personalistici di amministrazione

Particolarmente controverso è, infine, l'impatto dell'art. 377 c.c.i.i. sulla disciplina della delega di funzioni e sui modelli personalistici di amministrazione (disgiuntiva e congiuntiva) nella s.r.l.¹⁰⁴.

Sul primo profilo, occorre ricordare che la riformulazione dell'art. 2475 c.c. non ha toccato solamente il primo comma, ma anche l'ultimo, nel quale si sancisce l'applicazione dell'articolo 2381 c.c., ma "in quanto compatibile". Tuttavia, l'unica disposizione dell'art. 2381 c.c. che potrebbe risultare incompatibile è forse quella dell'ultimo comma, che prevede il potere/dovere degli amministratori

non operava tanto sul versante delle competenze, quanto su quello della doverosità della gestione. Cfr., RESCIO, (nt. 1), 7 s., per il quale gli amministratori di s.r.l. mantenevano il potere-dovere «stimolare le decisioni dei soci più appropriate, (...) monitorarne gli esiti e l'impatto sull'organizzazione della società, (...) rifiutarne l'attuazione». L'intervento del decreto correttivo, che ha voluto limitare alla sola materia degli assetti la regola di esclusività nelle s.r.l., rende tuttavia evidente che l'intenzione del legislatore (verosimilmente era, e comunque adesso è con maggiore certezza) quella di incidere sul riparto di competenze tra amministratori e soci.

¹⁰³ Così già, rispetto al testo originario del c.c.i., DI CATALDO – ROSSI, (nt. 3) 757 ss.

¹⁰⁴ Per una completa trattazione di altro profilo, che in questa sede non può essere neanche accennato, e cioè quello dell'impatto della norma sui diritti speciali dei soci, a norma dell'art. 2468, co. 3, c.c., SANTAGATA, (nt. 5), 1451 ss.

non esecutivi di agire in modo informato e di chiedere che gli organi delegati riferiscano in consiglio, ove da tale norma si ricavi, come ritiene la dottrina dominante, l'assenza di un potere diretto di ispezione¹⁰⁵, che si tende invece a riconoscere agli amministratori di s.r.l.¹⁰⁶, per coerenza con l'analogo potere assegnato al singolo socio dall'art. 2476 c.c.

Si è, tuttavia, giustamente sottolineato che il riferimento alla possibile incompatibilità potrebbe intendersi non tanto (o non solo) al regime legale, ma anche al carattere inderogabile o meno della disciplina, all'interno del contesto normativo e tipologico di riferimento¹⁰⁷.

Si può, in tal senso, immaginare che, anche in materia di articolazione interna delle competenze in materia di assetti, le regole che abbiamo ricostruito (*supra*, § 5) per le s.p.a. possano trovare una qualche attenuazione, all'interno di un modello nel quale da un lato il livello di "managerialità" della gestione è inevitabilmente attenuato, e dall'altro può supporre un maggior "contatto" anche informale con la struttura aziendale del singolo amministratore (tendenzialmente interessato anche *uti socius* ai risultati della gestione: art. 2475, comma 1, ultima parte, c.c.).

Ad es., riterrei che la competenza per la "cura" degli assetti possa essere senz'altro trattenuta dal consiglio, pure nel caso di delega gestionale piena, e ciò anche in ragione delle minori istanze "efficientistiche" proprie del tipo in questione.

Per il resto, l'estensione del modello di cui all'art. 2381 alle s.r.l. consente di ritenere che le conclusioni interpretative elaborate nelle s.p.a. siano in linea di massima applicabili anche alle s.r.l.

Diversa questione è se il *sistema disgiuntivo* sia compatibile con il principio di competenza esclusiva degli amministratori in materia di assetti, ritenendosi da parte di molti che tale regola valga anche ad integrare il catalogo delle competenze di cui all'art. 2475, comma 5, c.c.¹⁰⁸.

In effetti, la portata del catalogo è sempre stata oggetto di dibattito, ritenendosi per opinione prevalente che la riserva collegiale valga sia rispetto alla delega, sia

¹⁰⁵ Conf., IBBA, (nt. 2), 258.

¹⁰⁶ Cfr. ABRIANI – ROSSI, (nt. 5), *op. cit.*, 404.

¹⁰⁷ DI CATALDO – ROSSI, (nt. 3), 762.

¹⁰⁸ Cfr. FERRI – ROSSI, (nt. 6), 108 ss., che estendono (sulla base del previgente testo dell'art. 377 c.c.i., e pertanto alla luce del principio di esclusività dell'intera gestione) la limitazione anche alla pianificazione strategica, escludendo l'ammissibilità non solo dell'amministrazione disgiuntiva, ma anche di quella congiuntiva a maggioranza (salva l'eccezione di atti urgenti, ai sensi dell'art. 2258, comma 3, c.c., purtuttavia difficilmente prefigurabile per atti meramente organizzativi), sulla base della necessità di imputare formalmente le decisioni in questione all'intero organo amministrativo.

rispetto ai modelli personalistici di amministrazione (diversi dall'amministrazione congiuntiva all'unanimità)¹⁰⁹. Tuttavia la regola di competenza esclusiva assume come punto di riferimento gli amministratori (e non l'organo amministrativo), nel chiaro intento di contrapporre questi ultimi ai soci. E se obiettivo primario della regola di cui al quinto comma è quello di vietare la delega, è invece certo che le competenze in materia di assetti possono essere oggetto di delega, secondo il modello dell'art. 2381 c.c.¹¹⁰.

Non sembra, pertanto, che il nuovo testo dell'art. 2475 contenga disposizioni idonee a negare la possibilità di un esercizio disgiunto delle competenze in materia di istituzione e cura degli assetti organizzativi.

La questione della compatibilità del modello disgiuntivo, in realtà, poteva porsi ben prima del recente intervento legislativo, sulla base di un dubbio sostanziale, che viene adesso vieppiù a riproporsi, e cioè quello dell'idoneità di tale sistema ad assicurare un livello minimo di unitarietà della gestione¹¹¹, alla luce del criterio di adeguatezza organizzativa valorizzato dal legislatore. Esigenza di unitarietà che è già considerata dal legislatore nel modello della delega, ove s'impone all'organo collegiale di mantenere la funzione di valutazione periodica sull'adeguatezza degli assetti.

E tuttavia, è da ritenersi che l'efficacia dei modelli amministrativi vada sempre rapportata al contesto tipologico di riferimento¹¹², onde ben può ritenersi che un determinato modello sia in grado di assicurare un adeguato livello di unità e coerenza della gestione in alcuni tipi, e non in altri¹¹³.

¹⁰⁹ V., *ex multis*, G.D. MOSCO, *Funzione amministrativa e sistemi di amministrazione*, in *Tratt. s.r.l.*, a cura di Ibba e Marasà, vol. 5, Padova, Giappichelli, 2009, 8 ss.

¹¹⁰ CAGNASSO, *Gli assetti*, (nt. 64), 580 ss. Ne dubitavano in parte, in un primo commento all'art. 377 c.c.i., ABRIANI-ROSSI, (nt. 5), 402, i quali prefiguravano una indelegabilità non solamente "verso il basso" ai soci, ma anche "verso l'alto", rispetto ad una integrale attribuzione delle competenze a singoli amministratori delegati o comitati esecutivi, pur evidenziando la necessità di coordinamento con l'art. 2381 c.c.

¹¹¹ FERRI-ROSSI, (nt. 6), 110; CAGNASSO, *Gli assetti*, (nt. 64), 582.

¹¹² Solo tale considerazione permette di comprendere come la modalità disgiuntiva sia vietata nella s.p.a., possa essere adottata per statuto nelle s.r.l., e costituisca il modello legale nelle società personali, ritenendosi evidentemente da parte del legislatore che in tali contesti sia sufficiente un coordinamento informale tra gli amministratori: cfr., A. MIRONE, *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, Giappichelli, 1998, 160 ss.

¹¹³ Il fatto che oramai si discorra di una vera e propria multiformità del tipo s.r.l. (C. RINALDO, *La multiformità della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2020, 1513 ss.) non rileva rispetto al ragionamento esposto nel testo, in quanto l'eventuale incoerenza del modello disgiuntivo in tali modelli speciali dovrebbe semmai condurre a ritenere *tout court* incompatibile tale regime nelle s.r.l. aperte. Del resto il novero delle norme del modello legale che potrebbero ritenersi (in tutto o in parte) incompatibili nelle s.r.l. aperte è assai esteso, e ricomprende anche profili di grande rilievo, come i diritti di controllo dei soci (cfr., *ex multis*, CIAN, *S.r.l. PMI*, (nt. 51), 842 ss.).

Così, sarebbe difficilmente accettabile che nelle società di persone l'amministrazione disgiuntiva costituisca il modello legale, senza limiti per importanza e carattere ordinario o straordinario degli atti gestionali, salvo essere vietata solamente per le decisioni (anche ordinarie) in materia di assetti organizzativi; e ciò, anche al di là dello scarso rilievo sostanziale che la materia degli assetti inevitabilmente presenta in tali società¹¹⁴, già in forza dello stesso parametro relativo di adeguatezza¹¹⁵.

Ed anche nelle s.r.l., non costituirebbe certo un guadagno di efficienza ritenere che gli amministratori con pieni poteri disgiuntivi debbano sempre deliberare in forma collegiale (oppure, se prevista nello statuto, quanto meno secondo le forme del procedimento scritto di cui all'art 2475, co. 4, c.c.), per ogni decisione che riguardi la cura e la conformazione degli assetti.

Ove lo statuto e la delibera di nomina prevedano un integrale ricorso al modello disgiuntivo, con la sola eccezione delle competenze collegiali di cui all'art. 2475, comma 5, c.c., non sembra pertanto sussistano gravi ostacoli a ritenere che gli amministratori possano adottare anche disgiuntamente decisioni in materia di assetti, salvo prefigurare (ma questo vale in generale)¹¹⁶ un dovere informale di raccordo sulla base del principio di correttezza¹¹⁷.

A sua volta, il meccanismo del veto potrebbe assicurare garanzie sostanzialmente non dissimili da quelle che consente il meccanismo di avocazione di cui all'art. 2381, comma 3, c.c., rispetto alla delega, ove si tenga conto: (i) che nella s.r.l. tutti gli amministratori dovrebbero avere tendenzialmente accesso diretto alle informazioni e stretto contatto con la struttura aziendale; (ii) che le decisioni sugli assetti hanno tipicamente efficacia interna, e sono pertanto tendenzialmente reversibili, a differenza degli atti di amministrazione che richiedano l'esercizio

¹¹⁴ Specialmente ove si accolga l'idea che la previsione sulla competenza esclusiva degli amministratori, regolando il riparto di competenze tra soci ed amministratori, si applichi al solo caso di società personali caratterizzate da una complessiva organizzazione di tipo corporativo, come ipotizzato da M. LIBERTINI, *Intervento* al convegno *Assetti adeguati, procedure di allerta, governance dell'impresa. Riflessioni conclusive*, Verona, 12 dicembre 2019.

¹¹⁵ Nel senso di una riserva di collegialità anche per le società di persone, tuttavia, P. BENAZZO, (nt. 90), 304 s. Ritiene che le regole dell'amministrazione disgiuntiva siano difficilmente conciliabili con il testo dell'art. 2257 c.c., come modificato dal d.lgs. n. 14 del 2019, IBBA, (nt. 2), 251. Propenso ad un'interpretazione riduttiva, anche per l'interesse deliberativo scaturente dalla responsabilità illimitata dei soci, SPOLIDORO, *Note critiche*, (nt. 1), 272.

¹¹⁶ V. già MIRONE, *Il procedimento*, (nt. 111), 183.

¹¹⁷ CAPELLI, (nt. 36), 329, ove il rilievo che un eventuale accordo tra gli amministratori in regime disgiuntivo, in virtù del quale la gestione degli aspetti organizzativi venga delegata ad un solo amministratore, non esonererebbe certo gli altri da responsabilità.

di poteri esterni di rappresentanza, per i quali il meccanismo del veto può oggettivamente determinare maggiori rischi.

Né può ritenersi che il sistema disgiuntivo debba essere precluso proprio perché prevede l'intervento risolutivo dei soci¹¹⁸ in caso di opposizione. Occorre infatti tener presente che la decisione sul veto non rappresenta tanto (o solo) una decisione sulla singola materia del contendere, ma costituisce un meccanismo che rimette alla maggioranza della compagine sociale una situazione di eccezionale conflitto tra gli amministratori¹¹⁹, evidentemente non risolvibile (e non risolto) sulla base del rapporto dialettico e di informale confronto che caratterizza il sistema dell'amministrazione disgiuntiva. Non a caso il testo dell'art. 2257, comma 3, rimette ai soci non già la decisione sull'atto amministrativo, ma quella «sull'opposizione», al fine di rimuovere (o meno) il blocco della legittimazione individuale determinato dal veto.

In tale contesto, appare pertanto corretto e compatibile con il sistema (sia nelle società di persone, che nelle s.r.l.) che la decisione venga devoluta ai soci, senza che ciò costituisca violazione della regola di competenza esclusiva degli amministratori in materia di assetti¹²⁰. Del resto, l'intervento dei soci presenta nella specie un carattere sostanzialmente autorizzatorio, con valore pertanto simile a quello che si è ritenuto ammissibile già nelle s.p.a. (*supra*, § 4), potendosi rilevare che, in caso di esito favorevole all'amministratore "bloccato" dal veto, la decisione può in realtà continuare ad imputarsi a quest'ultimo, sia sul piano sostanziale (l'iniziativa sulla misura organizzativa è infatti dell'amministratore in questione, che stava per adottare l'atto su cui sia stato posto il veto) che su quello formale (l'atto verrà posto in essere sempre da costui, una volta rimosso il blocco da parte dei soci, senza peraltro che sussista alcun obbligo formale in tal senso).

¹¹⁸ Com'è noto, è in via generale controverso se nelle s.r.l. la decisione sul veto spetti alla maggioranza degli amministratori o dei soci, anche se le ragioni della tesi contraria alla devoluzione della decisione ai soci non sono particolarmente convincenti, stante il rinvio integrale dell'art. 2475, co. 3, c.c., all'art. 2257 c.c. (C. TEDESCHI, *L'amministrazione disgiuntiva*, in *S.r.l. Commentario. Dedicato a Giuseppe B. Portale*, Milano, Giuffrè, 2011, 564).

¹¹⁹ MIRONE, *Il procedimento*, (nt. 111), 160 ss.

¹²⁰ Ove si ritenga diversamente, la conclusione dovrebbe essere in ogni caso non quella di ritenere che l'amministrazione disgiuntiva sia vietata in materia di assetti, ma quella di ritenere che la decisione sul veto spetti alla maggioranza degli amministratori e non dei soci.

La responsabilità degli amministratori non esecutivi e degli organi di controllo con riguardo agli assetti societari

SOMMARIO: 1. La disciplina della materia nel codice civile del 1942. – 2. La riforma organica del 2003. Il dovere di diligenza: la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. – 3. Segue: la diligenza richiesta dalle specifiche competenze degli amministratori. – 4. L'ablazione del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione. La responsabilità per colpevole inerzia in caso di conoscenza di fatti pregiudizievoli. – 5. I doveri degli amministratori delegati e deleganti nel novellato art. 2381 c.c. – 6. Il dovere di agire in modo informato. – 7. Il ruolo del presidente del consiglio d'amministrazione. – 8. La compresenza di una pluralità di amministratori con deleghe. – 9. La riforma del sistema della responsabilità è stata completata dalle nuove norme in tema di interessi degli amministratori, di operazioni con parti correlate e di obblighi in caso di scioglimento della società. La responsabilità solidale tra tutti gli amministratori sulla via del tramonto. –10. L'entità del danno e l'onere della prova incombente all'attore. – 11. Cenno sulla prospettazione della responsabilità degli amministratori non esecutivi nelle società esercenti l'impresa bancaria. – 12. L'integrazione dell'art. 2086 c.c. e le nuove norme introdotte nel codice civile dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

1. La disciplina della materia nel codice civile del 1942

Il codice civile del 1942 non distingueva nettamente, ai fini della responsabilità, le posizioni degli amministratori deleganti e degli amministratori delegati. L'art. 2392, comma 1, nella formulazione previgente, infatti, stabiliva che: «*Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario, e sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori*».

Tuttavia la responsabilità dei membri del comitato esecutivo o dell'amministratore delegato o degli amministratori delegati per le «*attribuzioni proprie*» loro devolute dal consiglio di amministrazione era, in concreto, tutt'altro che esclusi-

va in virtù della disposizione del secondo comma dello stesso articolo, a mente del quale: *«In ogni caso gli amministratori [senza alcuna distinzione fra delegati e deleganti] sono solidalmente responsabili se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose»*. Sulla base di questa disposizione venivano coinvolti con il vincolo della solidarietà nella responsabilità per *mala gestio* nei confronti della società tanto i membri del comitato esecutivo o gli amministratori delegati per avere commesso con colpa atti di gestione produttivi di danno, quanto tutti gli altri amministratori per l'omissione al dovere di diligente vigilanza sul generale andamento della gestione.

In sostanza, per effetto di questa disposizione, tutti gli amministratori – delegati e deleganti – venivano onerati della medesima responsabilità non solo per avere causato danno alla società mediante il loro illegittimo comportamento, ma anche per essersi resi colpevoli di una mancata o insufficiente o negligente attività di *«vigilanza sul generale andamento della gestione»*. Ciò, a meno che qualcuno tra essi, che fosse immune da colpa, avesse *«fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale»* (ivi, comma 3).

Questa responsabilità solidale di tutti gli amministratori – eccezion fatta per quello esente da colpa che avesse fatto constare tempestivamente il proprio dissenso – consentiva, specie nelle azioni di responsabilità promosse dagli organi delle procedure concorsuali, di scegliere nei confronti di quali amministratori promuovere l'azione; e questa scelta dipendeva, nella stragrande maggioranza dei casi, dall'entità del patrimonio dei convenuti in giudizio e dall'aggregabilità del medesimo.

La responsabilità degli amministratori non esecutivi privi della possibilità di compiere fatti commissivi colposi produttivi di danno riposava – come s'è visto – sulla violazione del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione: dovere che – a detta di molti¹ – non era dato comprendere in che cosa realmente consistesse. Come si poteva infatti pretendere che gli amministratori privi di deleghe, i quali non possono esercitare individualmente alcuna attività al di fuori delle riunioni del consiglio di amministrazione, che non hanno alcun titolo per convocare i dipendenti della società, di qualunque livello, o per chiedere a questi informazioni e che devono soltanto alla cortesia degli uscieri la facoltà

¹ Sull'argomento si rinvia, *ex plurimis*, a F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Assago, 2013, 1 ss. e 109 ss.

di accedere ai locali aziendali nei giorni in cui non siano in programma sedute dell'organo amministrativo, potessero esercitare la benché minima funzione di vigilanza? Funzione, dunque, che non avevano alcun mezzo per svolgere al di fuori del funzionamento dell'organo collegiale, salvo assumersene tutta la responsabilità che, a quel punto, non presentava proprio i caratteri di una responsabilità per fatto proprio, e segnatamente per inadempimento di un dovere proprio, ma semplicemente quelli di una responsabilità per fatto altrui (degli amministratori esecutivi), ossia in buona sostanza di una responsabilità oggettiva.

2. La riforma organica del 2003. Il dovere di diligenza: la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico

Il legislatore della riforma organica della disciplina delle società di capitali e delle società cooperative del 2003 (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) ha ritenuto – quanto meno con riguardo alle società rette dal modello tradizionale di *governance* – che la previgente formulazione dell'art. 2392 fosse inadeguata ad attribuire distintamente a ciascun amministratore la responsabilità che gli è propria in relazione al suo specifico comportamento, commissivo od omissivo, e che quindi tale norma fosse meritevole di revisione.

È stato così, innanzi tutto, eliminato il riferimento alla «*diligenza del mandatario*» dapprima riferita alla generalità degli amministratori. A dire il vero, in fondo, non è che tale riferimento fosse erroneo, ma era stato male interpretato da generazioni di interpreti i quali da tale richiamo avevano evocato, in modo eccessivamente semplicistico, la diligenza del buon padre di famiglia enunciata dall'art. 1176, comma 1, c.c.; per lo più dimenticando che il secondo comma dello stesso articolo stabiliva – come stabilisce – che: «*Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale [quale indubbiamente è quella di amministratore di società], la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*»².

Inoltre, il riferimento alla diligenza del mandatario con riguardo all'adempimento dei doveri degli amministratori di società aveva dato adito, in passato, ad un'altra interpretazione, questa volta decisamente erronea, relativa alla natura del rapporto intercorrente tra i suddetti amministratori e la società amministrata: rapporto che per decenni è stato inquadrato nella figura del mandato mentre, successivamente, è stato chiarito trattarsi di un diverso rapporto, nominato e ti-

² Fra i molti si rinvia ad A. ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Milano, 2010, 19 ss. e 161 ss.

pico, individuato come rapporto organico di amministrazione³ – quanto meno nelle società azionarie e nelle s.r.l. connotate da una *governance* di stampo capitalistico – al quale non può applicarsi il fondamentale obbligo del mandatario di conformare il proprio operato alle direttive del mandante, o in alternativa di dismettere l’incarico, esercitando tali amministratori poteri e doveri propri, addirittura in via esclusiva per quanto attiene alla gestione dell’impresa sociale (artt. 2380-*bis*, comma 1, e 2475, comma 1, c.c.), fra i quali rientra quello di impugnare le delibere degli altri organi societari, *in primis* dell’assemblea, ritenute invalide e di non darvi comunque esecuzione qualora ravvisate contrarie all’interesse sociale⁴.

L’abrogato richiamo alla «*diligenza del mandatario*» è stato opportunamente sostituito all’incirca con le stesse parole che si rinvencono nell’art. 1176, comma 2, che testualmente recita: «*Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico*». Ciò significa, intanto, che viene posta una netta distinzione fra gli amministratori esecutivi e quelli non esecutivi. I primi – e particolarmente gli amministratori delegati – sono ai vertici della struttura aziendale, lavorano a tempo pieno, sono correlativamente retribuiti, sono nella migliore posizione per conoscere eventuali fatti illeciti e avvertire eventuali criticità gestionali, così da poter tempestivamente ed efficacemente intervenire per impedirli o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose, e devono perciò avere una responsabilità parametrata ai loro ampi poteri, ai loro pregnanti doveri e alla loro retribuzione⁵. I secondi – come già ricordato – poco o nulla possono fare al di fuori dell’organo collegiale di cui fanno parte, non hanno poteri individuali e soprattutto non è loro fattualmente rimessa alcuna attività di vigilanza, che non avrebbero la possibilità di compiere. Di tutta evidenza, quindi, è che la natura degli incarichi conferiti, rispettivamente, ai primi e ai secondi sia completamente diversa e giustifichi una profonda differenza della diligenza loro richiesta.

³ Da ultimo, v. Cass., S.U., 20 gennaio 2017, n. 1545, in *Società*, 2017, 605, con commento di M. SPADARO, *La controversa qualificazione giuridica del rapporto che lega la società di capitali al suo amministratore*.

⁴ Sotto il profilo giuslavoristico nessuno dubita più che il medesimo rapporto consista in un rapporto di lavoro, come già intuito da tempo assai risalente da G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, e come ancora recentemente confermato dalla consolidata giurisprudenza della Suprema Corte, che lo ha ricondotto nell’ambito del rapporto di lavoro c.d. parasubordinato (cfr., per tutte, Cass., 20 febbraio 2009, n. 4261, in *Foro it.*, 2009, 3386), a meno che non sussistano le condizioni per ricomprenderlo in quello del lavoro autonomo o, più propriamente, del lavoro professionale.

⁵ F. BONELLI, *op. cit.*, 124.

Ulteriore distinzione si porrà inoltre a seconda che la società abbia, per esempio, un unico amministratore delegato, con ampi poteri gestori, oppure abbia una pluralità di amministratori con deleghe, magari più limitate e circoscritte a singole funzioni aziendali: ma di questo si tratterà più diffusamente in seguito.

3. (Segue) La diligenza richiesta dalle specifiche competenze degli amministratori

Oltre al dovere di adempiere ai loro doveri «*con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico*», il legislatore del 2003 ha aggiunto che gli amministratori devono agire con la diligenza richiesta «*dalle loro specifiche competenze*».

Gli amministratori, invero, non è richiesto che debbano essere periti in ogni campo del sapere occorrente per gestire bene una società. Anzi, non è neppure richiesto che per accedere alla carica di amministratore il soggetto debba possedere determinati titoli o determinate competenze professionali – salvo che la società non operi in ambiti particolari, regolati da discipline speciali – le quali comunque non potrebbero che essere competenze settoriali, non certo universali. Nella pratica si vede come vengano sovente chiamati a far parte dei consigli di amministrazione semplici azionisti, anche privi di specifiche competenze professionali, così come esperti del settore in cui la società esercita la propria attività od altri professionisti operanti nei campi più diversi (avvocati, commercialisti, ingegneri, professori, etc.).

Mi sia consentito fare un esempio che ho ripetuto a generazioni di studenti: se nel consiglio di amministrazione di una società farmaceutica siedono, fra gli altri, in qualità di amministratori privi di deleghe, un provetto giurista e un medico, ricercatore, magari anche insignito del premio Nobel, e viene portata all'esame del consiglio in composizione collegiale una determinata operazione, ad esempio di sfruttamento industriale di una molecola inventata per la cura del diabete, e la società dovesse subire un danno a causa di determinati vizi contrattuali, chi fra questi due consiglieri potrebbe essere reputato responsabile? Evidentemente l'insigne giurista, che non ha esaminato con le dovute perizia ed attenzione il contratto portato in consiglio; non certo il provetto ricercatore, la cui scienza non si estende, normalmente, alla contrattualistica. Ma se il medicinale derivante dall'applicazione di quella molecola, pur curando il diabete, facesse venire il mal di cuore ai pazienti che dovessero assumerlo, con ciò provocando alla società ingenti danni, quale responsabilità – e non lo dico certo per spirito di corpo – potrebbe annettersi al giurista? Responsabile potrebbe semmai ritenersi il medico, il ricercatore, colui cioè che avrebbe ben dovuto chiedere, in consiglio, se quel medicinale potesse avere degli effetti collaterali, se sperimentazioni in

tal senso fossero state compiute, potendo altresì valutare le risposte ricevute con cognizione di causa.

Non solo, quindi, il riferimento va fatto alla diligenza qualificata richiesta dalla natura dell'incarico a contenuto sicuramente professionale, ma anche alle normali capacità e competenze del buon, corretto e ordinato professionista medio del settore in cui ciascun amministratore abitualmente opera. E ciò acuisce sensibilmente il divario fra le responsabilità effettivamente attribuibili ad ogni singolo amministratore.

4. L'ablazione del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione. La responsabilità per colpevole inerzia in caso di conoscenza di fatti pregiudizievoli

Un'ulteriore fondamentale modificazione del primo comma dell'art. 2392 riguarda l'esclusione della responsabilità solidale verso la società degli amministratori – e in particolare di quelli non esecutivi – per gli atti pregiudizievoli derivanti dalle attribuzioni proprie del comitato esecutivo o da «*funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori*». Le funzioni «*in concreto*» attribuite ad uno o più amministratori possono infatti anche prescindere da deleghe di poteri formalmente regolari, possono cioè dipendere anche dall'esercizio *de facto* dell'attività gestoria da parte dei suddetti amministratori, sviluppata senza che gli altri possano averne conoscenza né intervenire – come prescrive la legge – per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose, purché il loro potere di impegnare validamente la società nei confronti dei terzi, anche all'insaputa degli altri consiglieri, derivi dallo statuto o dalla deliberazione di nomina assunta dai soci in sede assembleare, come previsto dall'art. 2384 c.c. secondo il quale – con riferimento all'art. 2206, comma 2, in tema di institore – la rappresentanza di questi amministratori è «*generale*».

Riguardo a questa assunzione di responsabilità da parte degli amministratori non esecutivi per non aver fatto quanto in loro potere per impedire il compimento dei fatti pregiudizievoli o per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose, due considerazioni si impongono. La prima è quella dell'ablazione dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione – di cui si è detto in precedenza – che era un dovere impossibile ad espletarsi ad opera degli amministratori deleganti. Che questi ultimi siano comunque tenuti ad interessarsi del generale andamento della gestione lo si vedrà subito quando si esaminerà la norma dell'art. 2381 c.c.: ma non quale dovere di vigilanza, bensì, più cautamente, quale dovere di valutazione, sulla base del flusso informativo fornito al consi-

glio dal comitato esecutivo o dall'amministratore delegato o dagli amministratori delegati⁶.

La responsabilità per il comportamento omissivo di cui è menzione nel secondo comma dell'art. 2392 scatta però se gli altri amministratori, diversi da quelli agenti «*in concreto*» quali esecutivi, erano «*a conoscenza di fatti pregiudizievoli*», ossia effettivamente conoscevano tali fatti, e non se avessero semplicemente potuto conoscerli. Il tenore della norma appare estremamente chiaro e postula – già da prima della riforma del 2003 – l'effettiva conoscenza, e non la mera conoscibilità dei fatti pregiudizievoli. Una conoscenza, beninteso, che non deve originare unicamente dalle informazioni fornite periodicamente al consiglio dagli organi delegati; ma che può discendere anche da altre fonti alle quali i deleganti, per qualunque motivo, possano avere accesso, fra cui *in primis* le segnalazioni del collegio sindacale. E l'interpretazione più moderna e convincente è quella secondo la quale la conoscenza in questione possa altresì derivare da taluni “segnali d'allarme”, quali contraddittorietà nelle informazioni fornite dagli organi delegati, eccessiva banalità o superficialità delle stesse, manifesta incoerenza di tali informazioni e, più in generale, ogni ragionevole indizio in grado di far sorgere un fondato sospetto che le informazioni in questione non siano veritiere o del tutto veritiere.

La giurisprudenza – pur privilegiando, in larga prevalenza, la tesi della conoscenza rispetto a quella della mera conoscibilità – si è più volte soffermata sui “segnali d'allarme” suscettibili di ingenerare un simile fondato sospetto da parte degli amministratori non esecutivi: e a tal fine merita particolare segnalazione la bella sentenza della Suprema Corte n. 17441 del 31 agosto 2016, di cui è stato relatore il Dott. Di Marzio⁷.

⁶ Decisamente in contrasto con il nuovo indirizzo legislativo si è posto Trib. Roma, 15 febbraio 2016, in *Giur. it.*, 2016, 1657, con nota di F. RIGANTI, *La vigilanza degli amministratori tra gestione delegata e adeguatezza degli assetti organizzativi*, che ha condannato gli amministratori – anche quelli non esecutivi – per non avere diligentemente vigilato sulla correttezza della dichiarazione dei redditi predisposta da un consulente esterno.

⁷ *Ex multis* – oltre a Cass., 31 agosto 2016, n. 17441, in *Giur. comm.*, 2017, II, 835, con nota di P. PIAZZA, *La Cassazione torna sulla responsabilità degli amministratori senza deleghe: problemi risolti e questioni ancora aperte*; e in *Società*, 2017, 218, con commento di S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme* – v. Cass., 29 dicembre 2017, n. 31204, di cui è stata relatrice la Dott.sa Nazzicone, *ivi*, 2018, 691, con commento di G. MILANO, *Responsabilità degli amministratori non esecutivi per colpa nella conoscenza e colpa nell'attivazione*; Trib. Milano, 20 febbraio 2017, in *Giur. comm.*, 2018, II, 177, con nota di F. SACCHI, *Dovere di controllo degli amministratori di s.p.a. privi di deleghe e delibera assembleare in ordine all'azione sociale di responsabilità*; Trib. Milano, 31 ottobre 2016, in *Società*, 2017, 881, con commento di G. MILANO, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi: nuove e vecchie questioni; contra*, e per l'affermazione del dovere di conoscibilità con la richiesta diligenza, Trib. Milano, 3 marzo 2015, in *Giur. comm.*, 2016, II, 332, con nota di S. CORRADI, *Dovere di agire in modo informato degli amministratori*.

Simile conoscenza – che può dunque essere dedotta anche attraverso presunzioni, purché siano gravi, precise e concordanti – è funzionale al prefato dovere di intervento degli amministratori diversi da quelli che con il loro operato abbiano commesso o siano in procinto di commettere l'atto produttivo di danno, volto appunto ad impedirne l'attuazione o ad eliminarne o attenuarne le conseguenze pregiudizievoli per la società, salvi gli obblighi di far constare il dissenso e di dare tempestiva comunicazione di questo di cui è menzione nel terzo comma dell'art. 2392, rimasto inalterato rispetto alla stesura originaria del codice del 1942.

5. I doveri degli amministratori delegati e deleganti nel novellato art. 2381 c.c.

Il presupposto della responsabilità degli amministratori risiede – come s'è visto – nell'inadempimento ai doveri imposti loro dalla legge e dallo statuto.

Prima della riforma del 2003, il codice era piuttosto criptico nell'indicare tali doveri, quanto meno con riguardo a quelli imposti in via generale dalla legge. Ricordo che quando ponevo la domanda agli studenti in sede di esame ricevevo sovente le risposte più vaghe. Gli amministratori dovevano redigere bilanci corretti, diceva taluno; o provvedere all'iscrizione degli atti o dei fatti previsti dalla legge nel registro delle imprese, soggiungeva talaltro; od ancora presentare tempestivamente dichiarazioni fiscali complete e veritiere. Coloro che erano dotati di maggiore senso pratico si spingevano ad asserire che essi dovevano porre in essere dei buoni affari dai quali la società potesse ricavare profitti. Tutto giusto, almeno in teoria, ma fino a un certo punto.

Figuriamoci se gli amministratori di società, specialmente se di una certa dimensione economica, si occupano delle iscrizioni o dei depositi dovuti: ci penserà qualche impiegato o qualche studio professionale esterno. Lo stesso dicasi per le dichiarazioni fiscali, che parecchi amministratori non sarebbero neppure in grado di predisporre. Ma gli amministratori non redigono neppure i bilanci d'esercizio – pur essendo questa una materia riservata all'intero consiglio e non delegabile – come pure gli altri eventuali bilanci straordinari o prospetti contabili: di ciò si occuperà la direzione amministrativa o, nelle società che ne siano dotate, il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari; mentre il consiglio d'amministrazione in composizione collegiale interverrà sulle decisioni di più alto livello, quali ad esempio le regole per la svalutazione dei crediti o l'entità degli accantonamenti ai fondi per rischi ed oneri.

Ed anche per quanto riguarda la partecipazione alla conduzione degli affari rientranti nell'attività descritta nell'oggetto sociale, solo quelli di maggiore importanza e quelli, per così dire, strategici saranno direttamente seguiti da qualche

amministratore esecutivo, mentre il compimento di tutti gli altri affari sarà rimesso all'organizzazione aziendale composta, ove esistente, dal direttore generale e, giù giù attraverso la struttura piramidale di cui questa consta, dai direttori delle varie funzioni, dai dirigenti e da tutti i funzionari e i collaboratori della società.

Insomma, anche se le norme di legge fanno ricadere sugli amministratori determinati obblighi e doveri ed imputano alla loro personale responsabilità il fatto che questi non vengano adempiuti, è l'organizzazione aziendale – variamente articolata a seconda dell'attività, della complessità e delle dimensioni dell'impresa sociale – che deve essere in grado di provvedere a tutte le necessità e a tutte le incombenze rientranti nel buon andamento della gestione.

Questo concetto, che raffigura la realtà vera del funzionamento di ogni impresa sociale, è stato bene delineato dalla riforma organica del 2003 nell'art. 2381 c.c., più ampio e composito rispetto alla previgente succinta stesura, ove i compiti e i doveri degli organi delegati e degli amministratori deleganti risultano chiaramente e in maniera convincente delineati nei loro tratti essenziali.

Gli organi delegati – comitato esecutivo, amministratore delegato o amministratori delegati – *«curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa»*⁸ e *«riferiscono»* periodicamente al consiglio e al collegio sindacale *«sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggiore rilievo, per loro dimensioni e caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate»* (comma 5).

Per parte propria, il consiglio d'amministrazione – quindi non solo i suoi componenti privi di deleghe, bensì tutti gli amministratori – *«sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla scorta della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione»* (comma 3).

Dunque gli organi delegati *curano* che l'organizzazione aziendale in tutti i campi, e quindi non solo in quelli amministrativo e contabile, ma anche in quelli degli acquisti, della produzione, della commercializzazione e delle vendite dei prodotti, del *marketing*, della *compliance* a tutte le varie norme in qualunque materia (di sicurezza sul lavoro e di salubrità dei luoghi di lavoro, dell'antiquinamento atmosferico, idrico, acustico e quant'altro, dell'antiriciclaggio, della

⁸ Sul quale cfr. specificamente AA.Vv., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali* diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, ed ivi in particolare i contributi di M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, 23 ss.; e G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, 41 ss.

disciplina della concorrenza, etc.) sia efficiente e in grado di darsi carico nel migliore dei modi di ogni incombenza, adempimento ed attività rientrante nello svolgimento dell'impresa. E il consiglio d'amministrazione, in composizione collegiale, per parte propria, *valuta* l'adeguatezza di tale assetto organizzativo complessivo sulla base delle informazioni ricevute dai predetti organi delegati; e, invece di vigilare sul generale andamento della gestione (obbligo non più esistente) *valuta* altresì tale generale andamento, sempre sulla base delle informazioni e delle relazioni ottenute dagli organi delegati.

Chi invece *vigila* sul medesimo assetto organizzativo complessivo è il collegio sindacale (art. 2403, comma 1) il quale ha effettivi poteri di controllo, di ispezione e di indagine – anche individuali – per poter espletare effettivamente tale attività di vigilanza; e che non si limita a circoscrivere il proprio scrutinio all'assetto organizzativo risultante dagli atti, dai documenti e dai piani d'impresa all'uopo predisposti, ma che estende la propria attività di vigilanza anche al «concreto funzionamento» dell'assetto organizzativo anzidetto. Balza così all'evidenza il fatto che i sindaci abbiano maggiori poteri di controllo rispetto agli amministratori non esecutivi, non espletando la loro attività unicamente all'interno dell'organo collegiale di cui fanno parte, ma estendendola pure alla necessaria partecipazione alle riunioni degli altri organi sociali, potendo compiere dette attività di controllo, ed in particolare atti di ispezione e di indagine, anche individualmente (art. 2403-bis, comma 1) e soprattutto estendendosi la loro attività di controllo – *rectius* di vigilanza – ad un ampio ventaglio di obiettivi che spaziano dall'osservanza della legge e dello statuto da parte della società, dei suoi organi e delle sue strutture al rispetto dei principî di corretta amministrazione, a cui si aggiunge non solo la vigilanza sull'assetto organizzativo in quanto tale, ma anche, e direi soprattutto, il riscontro del suo concreto funzionamento (riscontro che gli amministratori deleganti non hanno invece il dovere di compiere). A questa maggiore estensione di doveri, nonché di poteri per esercitarli, corrisponde una responsabilità dei sindaci notevolmente superiore a quella degli amministratori non esecutivi.

Dalle norme di legge applicabili agli amministratori e dianzi succintamente ricordate si evince che l'esame sul generale andamento della gestione non è stato eliminato *tout court* dalla sfera conoscitiva degli amministratori non esecutivi, ma non costituisce più l'obiettivo di un'attività di vigilanza in concreto impossibile a compiersi, bensì forma oggetto di loro valutazione da compiersi sulla base del flusso informativo apprestato dagli organi delegati, unitamente alla prevedibile evoluzione della gestione medesima ed alle operazioni considerate «di maggiore rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche»⁹. Le prime sono indubbiamente

⁹ Cfr. G. MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Milano, 2012, 85 ss.

quelle di maggiore rilevanza economica; mentre le seconde sono quelle più delicate, e segnatamente le operazioni infragruppo e quelle compiute con parti correlate, in relazione alle quali, successivamente alla riforma del 2003, è stato inserito nel codice civile l'art. 2391-*bis*. Operazioni che – prosegue l'art. 2381, comma 5 – «*siano effettuate dalla società e dalle sue controllate*», delle quali gli amministratori esecutivi e i sindaci della controllante devono ricevere adeguata informazione attraverso un completo ed esauriente *reporting* che le imprese controllate devono rendere alla controllante e la cui congruità deve venire assicurata dagli organi delegati di questa, esaminata dai suoi amministratori deleganti e controllata dal suo collegio sindacale.

Non deve essere stato estraneo a questa previsione il ricordo del decisivo concorso che al *crack* della Montedison avevano avuto le sue numerose controllate – si trattava di oltre 500 società, se ben ricordo, molte delle quali aventi sede in paesi o territori ove non erano neppure obbligatori la redazione e il deposito dei bilanci – alle quali venivano fatti sostenere i costi che non potevano figurare nel bilancio della controllante, venivano fatte rilasciare garanzie di ogni genere non riportate nei bilanci di questa ed alle cui disponibilità finanziarie i membri delle famiglie Ferruzzi e Gardini attingevano a piene mani per gli acquisti anche di natura privata – dai mobili d'epoca ai quadri d'autore – ed il cui progressivo dissesto aveva appunto contribuito a generare il dissesto della capogruppo.

6. Il dovere di agire in modo informato

Ritornando però ai doveri degli amministratori introdotti dalla riforma organica del 2003, spicca quello forse più importante fra tutti, nel cui obbligo di osservanza è accomunata la generalità degli amministratori, deleganti e delegati. Si tratta del dovere di «*agire in modo informato*»¹⁰ che, pur essendo – come detto – comune a tutti gli amministratori, opera su piani diversi a seconda che incomba sugli organi delegati o sugli amministratori non esecutivi.

Gli organi delegati, sui quali incombe l'esercizio dell'attività economica, che è innanzi tutto l'attività consistente nell'operare le scelte imprenditoriali, agiscono in modo informato ogni qualvolta assumano le decisioni di loro competenza sulla base di un complesso di conoscenze (dei mercati, dei prodotti, delle situazioni contingenti, dei dati emergenti da adeguati piani economici e finanziari, etc.) approfondite e meditate, senza assumere risoluzioni superficiali o affrettate, e soprattutto alla luce di un obiettivo calcolo dei

¹⁰ A. ZANARDO, *op. cit.*, 105 ss. e 118 ss.

rischi che le scelte, e quindi le operazioni, sottostanti a tali decisioni siano suscettibili di comportare. Fatto ciò con le dovute serietà e preparazione, nessuno più potrà eccepire la negligenza, ossia la colpa, degli organi delegati, neppure se le operazioni così istruite non dessero luogo ai profitti sperati, ma producessero invece delle perdite, in quanto – ove il suddetto dovere sia stato effettivamente osservato – neppure il giudice avrebbe titolo per compiere *ex post* uno scrutinio sull'esito dell'operato dei medesimi amministratori (*Business judgment rule*)¹¹.

Per gli amministratori non esecutivi, di contro, l'agire in modo informato assume delle connotazioni decisamente diverse e meno onerose, limitandosi appunto alla valutazione del più volte menzionato assetto organizzativo e dell'adeguatezza di questo alla natura e alle dimensioni dell'impresa sociale; con l'obbligo però di richiedere agli organi delegati che in consiglio vengano rese ulteriori informazioni ogni qualvolta quelle già da essi fornite appaiano insufficienti o scarsamente esplicative, ovvero contraddittorie od opache, così da poter davvero pervenire alla richiesta valutazione su basi certe e convincenti. E qui il discorso si ricongiunge con le considerazioni precedentemente espresse a proposito della disposizione del secondo comma dell'art. 2392 c.c. nella sua attuale formulazione, a mente della quale una scrupolosa informazione sta alla base della conoscenza postulata in tale norma.

7. Il ruolo del presidente del consiglio d'amministrazione

Non avendo gli amministratori privi di deleghe la possibilità di esercitare attività individuali pertinenti alla carica, ma potendo unicamente partecipare al funzionamento dell'organo amministrativo collegiale di cui fanno parte, essi non possono che pretendere di ricevere le ulteriori informazioni richieste agli organi delegati «*in consiglio*». Ciò non significa tuttavia – a mio avviso – che fuori dal consiglio tali amministratori non possano fare assolutamente nulla. Già si è visto che i “segnali di allarme” in grado di convincerli a richiedere ulteriori informazioni agli organi delegati possano loro pervenire anche da conoscenze acquisite privatamente, cioè appunto al di fuori del consiglio stesso. Anche l'attività di stimolo ad ottenere tali ulteriori informazioni potrebbe da questi essere svolta fuori dalla loro partecipazione alle riunioni del consiglio. Come? Allertando il presidente del consiglio di amministrazione.

¹¹ Su cui v. Cass., 9 novembre 2020, n. 25056, in *Società*, 2021, 107; e, in dottrina, ancora A. ZANARDO, *op. cit.*, 219 ss. e 241 ss.

Il presidente del consiglio di amministrazione – oltre a *«provvedere affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri»* in tempo utile per poterle compulsare, a presiedere le riunioni del consiglio, a verificare il diritto di intervento, a coordinarne i lavori, a regolare la discussione che vi si svolge, a dare e togliere la parola agli intervenuti, a mettere in votazione le proposte di deliberazioni e a proclamarne gli esiti – ha ricevuto dalla riforma del 2003 due poteri nuovi, nel senso che in precedenza non erano contemplati dalla legge: quello di convocare il consiglio e quello di fissare l'ordine del giorno delle sedute (art. 2381, comma 1). Anche se il presidente del consiglio di amministrazione non ha – come solitamente accade – poteri delegati, la cui attribuzione lo renderebbe a tutti gli effetti un amministratore delegato, ciò non di meno i suddetti poteri gli spettano in via esclusiva. Prima della riforma, invero, a meno che vi fosse una specifica previsione statutaria, non era precisato chi dovesse convocare l'organo amministrativo e, soprattutto, chi dovesse fissare l'ordine del giorno delle sedute: molto spesso erano proprio gli amministratori delegati a provvedere a questi adempimenti, ora spettanti – salvo diversa previsione statutaria – al presidente.

Se dunque lo statuto non disponesse diversamente, ciascun amministratore privo di deleghe potrebbe esprimere i propri dubbi, i propri timori al presidente del consiglio di amministrazione, chiedendogli di attivarsi per convocare tempestivamente il consiglio, mettendo all'ordine del giorno l'argomento sul quale parrebbe opportuno che gli organi delegati riferissero. Nei casi più gravi – anche senza giungere all'estremo, pur possibile, della revoca della delega a suo tempo conferita – il presidente del consiglio d'amministrazione potrebbe pur sempre conformare l'argomento iscritto all'ordine del giorno della convocanda seduta consiliare nel senso di consentire, all'occorrenza, al consiglio nella sua composizione collegiale di impartire direttive agli organi delegati ovvero di avocare a sè quella determinata operazione, rientrando nei loro poteri, in merito alla quale uno o più consiglieri deleganti gli avevano manifestato i loro dubbi e le loro perplessità e gli avevano espresso il desiderio di ricevere, in consiglio, le ulteriori informazioni richieste. In tal modo, di fatto, l'intervento del presidente del consiglio d'amministrazione potrebbe valere, in estrema ipotesi, a “sfilare” quella determinata operazione dall'ambito dei poteri attribuiti agli organi delegati e a riportarla nell'alveo decisionale del consiglio nel suo insieme.

Ovviamente il presidente non ha alcun obbligo di far ciò; lo farà solamente se le argomentazioni dell'amministratore delegante o degli amministratori deleganti che a lui siano ricorsi lo abbiano convinto dell'opportunità di esercitare i suoi poteri in tal senso. Se tuttavia egli dovesse rifiutare di convocare il consiglio con un ordine del giorno adeguato, non è escluso che questo diniego – al pari di ogni altra omissione di atti dovuti – possa comportare una sua responsabilità personale.

8. La compresenza di una pluralità di amministratori con deleghe

Già si è avuto occasione di ricordare che il legislatore della riforma organica del 2003, trattando delle deleghe a singoli amministratori, abbia avuto riguardo precipuamente alla figura dell'amministratore delegato dotato dei più ampi poteri suscettibili di formare oggetto di delega: in sostanza, il capo azienda o, com'è in voga dire nelle *corporations* anglo-americane, il *CEO* (*Chief executive officer*).

In realtà, non tutte le società sono strutturate in questo modo. Specialmente nelle società di capitali facenti parte di gruppi, a fianco – e magari in subordine – all'amministratore delegato dotato dei più ampi poteri ci sono altri amministratori delegati, con poteri più circoscritti, che non di rado sono i capi (o direttori) delle varie funzioni aziendali: e tutti quanti – tralasciando in questa sede i possibili problemi di ordine previdenziale – sono dipendenti, normalmente con la qualifica di dirigenti, della società. Così, oltre al *CEO*, che assume la carica di amministratore delegato, ci sono altri amministratori a cui vengono attribuite specifiche deleghe per le attività richieste nei diversi comparti aziendali: l'amministratore con delega agli acquisti, quello con delega alla produzione, quello con delega all'amministrazione, finanza e controllo, quello con delega al personale e alle risorse umane, quello con delega alla commercializzazione dei prodotti e alle vendite, e così via. Una constatazione che fa sorridere: non è infrequente che la carica di amministratore delegato venga assunta soltanto dal *CEO*, mentre gli altri amministratori con deleghe più circoscritte vengono talvolta qualificati come consiglieri delegati, per metterne in rilievo una posizione in qualche modo sottordinata rispetto a quelle dell'amministratore delegato, come se, almeno in questa materia, i sostantivi "amministratore" e "consigliere" non fossero dei perfetti sinonimi¹².

In presenza di più amministratori delegati, le previsioni normative riferite agli organi delegati devono intendersi riferite alle materie per le quali ciascuno di essi ha ricevuto delega. Per converso, per quanto attiene alle materie per le quali essi non hanno ricevuto delega, la loro posizione è sostanzialmente equivalente a quella degli amministratori deleganti. Così, l'amministratore delegato all'amministrazione, finanza e controllo è completamente estraneo agli affari di competenza dell'amministratore delegato alla produzione e ai processi industriali. Ciascun amministratore delegato ha il dovere di curare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo nell'ambito della delega ricevuta e di riferire periodicamente al consiglio e al collegio sindacale in merito all'attività svoltasi in tale ambito e

¹² Una situazione di *governance* societaria nella quale sussiste la compresenza di una pluralità di amministratori delegati è quella considerata dalla sentenza del Trib. Milano, 3 marzo 2015, cit.

alle prospettive future del medesimo. Per le materie non rientranti nella delega, invece, egli mantiene unicamente il dovere di valutare l'adeguatezza dei rispettivi assetti organizzativi, sulla base delle informazioni ricevute dagli amministratori delegati incaricati di tali ambiti.

Ai fini dell'assunzione della propria responsabilità, la sua posizione deve tuttavia – a mio avviso – apprezzarsi con maggiore rigore. Egli infatti, in quanto amministratore delegato, seppure per la limitata materia alla quale la propria delega si riferisce, vive nell'azienda, vi lavora, ha un ufficio, è coadiuvato da un *team* di collaboratori, ha libero accesso ai locali nei quali la società svolge la propria attività, e quindi – a differenza di un amministratore totalmente privo di deleghe – ha maggiori capacità di acquisire conoscenze, di effettuare controlli e di intervenire per porre rimedio al compimento o alla prosecuzione di atti o di operazioni posti in essere da altro amministratore delegato o da altri amministratori delegati, suscettibili di avere conseguenze dannose per la società.

La legge non prende espressamente in esame questa fattispecie, ma ritengo che una graduazione di responsabilità che accentui quella dell'amministratore delegato per fatti commessi al di fuori dell'ambito della delega ricevuta rispetto alla responsabilità dell'amministratore totalmente privo di deleghe possa correttamente inquadrarsi nel sistema normativo scaturito dalla riforma organica del 2003, con ogni inerente conseguenza.

9. La riforma del sistema della responsabilità è stata completata dalle nuove norme in tema di interessi degli amministratori, di operazioni con parti correlate e di obblighi in caso di scioglimento della società. La responsabilità solidale tra tutti gli amministratori sulla via del tramonto

Una semplice notazione di sintesi su quanto fin qui esposto. L'ablazione dell'obbligo un tempo posto a carico di tutti gli amministratori di vigilare sul generale andamento della gestione e l'intento di addossare ad ogni singolo amministratore la responsabilità per l'inadempimento ai propri doveri, a cui ottemperare con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e delle specifiche competenze di ciascuno di essi, hanno notevolmente ridotto l'entità dell'eventuale danno ascrivibile a questi, e soprattutto agli amministratori non esecutivi.

Questo quadro normativo – sia detto per completezza – trova completamento nella revisione di altre rilevanti disposizioni, operata nel segno dell'accentuazione della trasparenza.

La prima è quella che impone a tutti gli amministratori di disvelare ogni possibile interesse che possano avere personalmente o per conto di terzi in operazioni della società *«precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata»*. Interesse che, se dichiarato da un amministratore delegato, gli preclude di agire

nell'esercizio della delega e lo obbliga a rimettere ogni decisione al riguardo al consiglio di amministrazione nella sua composizione collegiale; e che rende inoltre necessario che dal verbale della relativa deliberazione consiliare vengano adeguatamente motivate «*le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione*» (art. 2391 c.c., non ripreso – chissà perché – nella disciplina delle s.r.l. nella quale è rimasta ancora la vecchia norma sul conflitto di interessi, ampiamente superata per le s.p.a.).

La seconda è quella – già ricordata – della *disclosure* sulle operazioni con parti correlate, dettata per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ma senz'altro applicabile anche a tutte le altre società per azioni.

La terza è quella concernente i doveri degli amministratori in caso di insorgenza di una causa di scioglimento della società, che può andare dalla discesa del capitale sociale al disotto del minimo legale senza un tempestivo intervento di ricostituzione del medesimo, alla perdita – per ogni altra ragione – del requisito della continuità aziendale. A differenza del previgente art. 2449 c.c. che inibiva agli amministratori il compimento di nuove operazioni al verificarsi di una causa di scioglimento, oggi i novellati artt. 2485 e 2486 impongono agli amministratori due doveri ben precisi: *a)* quello di iscrivere senza indugio nel registro delle imprese il verificarsi della causa di scioglimento, rispondendo personalmente e solidalmente dei danni che l'omissione o il ritardo nell'adempimento di questo dovere possa provocare ai soci e ai terzi (art. 2485); *b)* quello di non compiere nuove operazioni, a meno che queste non siano dirette «*al solo fine della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale*», ossia ad evitare la disgregazione dell'azienda, inevitabile in caso di blocco del funzionamento della stessa, e la conseguente perdita del valore dell'avviamento. Anche la violazione di questo divieto determina l'assunzione di responsabilità personale e solidale degli amministratori per i danni provocati ai soci e ai terzi (art. 2486).

Queste norme profondamente revisionate fanno *pendant* al nuovo sistema della responsabilità degli amministratori, tendente a far sì che ciascuno di essi si veda appunto onerato della sola responsabilità determinata dall'inadempimento ai propri doveri.

Senonché rimane – a contrastare questa finalità – il problema della responsabilità solidale fra tutti gli amministratori a carico dei quali sia stata riconosciuta una qualche responsabilità, di cui continua ad essere menzione nel secondo comma dell'art. 2392. Si tratta di un istituto che ha dato adito a una serrata *querelle* in seno alla commissione riformatrice e che ha visto soccombente il principale artefice della parte della legge di riforma concernente gli amministratori e la loro responsabilità, del quale riporto un brano estremamente significativo apparso nel suo ultimo libro pubblicato dieci anni dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 6 del 2003: «Per quanto concerne il *danno* derivato dalle violazioni si

dovrà attribuire un corretto significato alla nozione e alla fruizione della responsabilità “*solidale*” che – seppure sia stata mantenuta anche dalla riforma del 2003 – in realtà è sulla via del “tramonto”, dovendosi riconoscere che, in presenza di deleghe, ciascun amministratore risponde solo dei danni causati dal suo comportamento (commissivo o omissivo), con esclusione della responsabilità solidale per i danni causati da altri amministratori. È pertanto venuta meno l’epoca delle condanne solidali uguali e omnicomprensive a carico di tutti gli amministratori per il danno complessivamente causato alla società»¹³.

Insomma, se con sentenza esecutiva un amministratore viene condannato a risarcire l’intero danno subito dalla società – ad esempio, di un milione di euro – e un altro amministratore viene condannato a risarcire una parte soltanto di tale danno – ad esempio, centomila euro – perché solo questa entità parziale del danno è risultata ascrivibile al suo comportamento colposo, commissivo od omissivo, la *ratio legis* appare essere nel senso di giustificare una responsabilità solidale del secondo fino a concorrenza dell’ammontare del danno addebitatogli, ma non oltre. Non si ignora che la diversa interpretazione – legittimata, anteriormente alla riforma, dall’obbligo per tutti gli amministratori di vigilare sul generale andamento della gestione – possa ridondare a maggior favore dei creditori sociali; ma la giustizia deve pur valere anche per i convenuti in giudizio ai quali sia stato addebitato non l’intero danno patito dalla società, bensì soltanto una parte di questo.

10. L’entità del danno e l’onere della prova incombente all’attore

È già che siamo giunti a trattare dell’entità del danno non possiamo omettere di ricordare la celebre sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 9100

¹³ F. BONELLI, *op. cit.*, 3; ed inoltre, *amplius*, 109 ss., ove pure ricorda «che in presenza di una “delega” la legge dispone una *deroga alla solidarietà* della responsabilità degli amministratori. La legge dispone infatti che la solidarietà *non vige* quando la gestione sociale – anziché essere svolta collegialmente da tutti gli amministratori – viene attribuita e svolta da un comitato esecutivo o da uno o più amministratori delegati» (e ciò con specifico riferimento all’art. 2392, comma 1, secondo cui gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società... *a meno che* si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori); e conclude ribadendo che la corretta applicazione di questa norma *«finirà con determinare il tramonto di condanne uguali e omnicomprensive a carico di tutti gli amministratori, condanne ingiustificate perché prescindono sia dalle diverse violazioni volta a volta imputabili ai diversi amministratori, sia dalle conseguenze dannose causate da tali violazioni, sia dagli incarichi affidati ai diversi amministratori, dalle loro specifiche competenze e dalle funzioni in concreto attribuite»*.

del 6 maggio 2015 (Rovelli presidente e Rordorf estensore)¹⁴, fin troppo nota per essere anche succintamente ripercorsa. Di tale sentenza, ai fini che qui rilevano, desidero ricordare due aspetti suscettibili di attenta considerazione e di studio.

Il primo riguarda l'*excursus* sulle varie fasi nelle quali, nelle azioni di responsabilità promosse dalle procedure concorsuali, la giurisprudenza ha preteso di addossare ai convenuti (amministratori, sindaci, direttori generali) l'intera differenza fra il passivo e l'attivo fallimentare: da quando tale responsabilità – assorbente e complessiva – veniva addebitata agli *ex* amministratori (e con questi, per omessa vigilanza, agli *ex* sindaci) che avevano compiuto nuove operazioni dopo lo scioglimento della società o ne avevano causato il dissesto con la loro *mala gestio*, fino a quando la medesima responsabilità veniva loro comminata sostanzialmente a titolo di sanzione per non avere tenuto, o per aver tenuto irregolarmente, le scritture contabili obbligatorie, così da impedire ai curatori di fornire la prova del nesso di causalità fra il comportamento illecito dei convenuti e l'entità del danno da questi causato alla società fallita.

La sentenza in esame ha compiuto un radicale *révirement* a questo proposito, affermando che ciascun singolo amministratore deve essere tenuto responsabile esclusivamente per il danno causalmente provocato alla società con il proprio comportamento, e quindi con il proprio inadempimento ai suoi doveri; e che quindi egli può essere tenuto responsabile per un danno pari alla differenza fra il passivo e l'attivo fallimentare esclusivamente quando il proprio inadempimento sia «*efficiente a produrre un danno che si assuma corrispondente all'intero deficit patrimoniale accumulato dalla società*».

Quanto poi alla mancata o irregolare tenuta delle scritture contabili da parte degli amministratori, la sentenza riconosce che tali scritture non sono di per sé causa di perdite patrimoniali per la società, ma si limitano a registrare *a posteriori* le perdite derivanti da fatti economici della gestione imprenditoriale. Di conseguenza: «La mancanza di scritture contabili della società, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, di per sé non giustifica che il danno da risarcire sia individuato e liquidato in misura corrispondente alla differenza tra il passivo e l'attivo accertati in ambito fallimentare».

Senza contare che l'addebito di un danno tanto rilevante non può essere considerato una sanzione per l'inadempimento all'obbligo della regolare tenuta

¹⁴ In *Giur. comm.*, 2015, II, 651, commentata da A. BUSI – G. CABRAS – M. CIAN – S. FORTUNATO – D. GALLETI – A. JORIO – P. MONTALENTI – G. RACUGNO – R. SACCHI, *Differenza fra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, e in *Foro it.*, 2016, I, 282, con nota di M. FABIANI, *La determinazione causale del danno nelle azioni di responsabilità sociali e il ripudio delle semplificazioni*.

delle scritture contabili: sanzione che non è comminata da alcuna norma. Altre sono le sanzioni per questo tipo di inadempimento, e sono di natura penale. Si tratta dell'addebito dei reati di bancarotta semplice o, nei casi più gravi, se l'inadempimento viene compiuto con dolo, di bancarotta fraudolenta documentale. E questi reati sono autonomamente puniti con le pene edittali per essi previste, che nulla hanno a che vedere con il ribaltamento del principio, valevole in sede civilistica, secondo cui ciascun amministratore risponde per fatto proprio e per l'inadempimento dei propri doveri, per l'ammontare del danno che da tale inadempimento venga dimostrato causalmente discendere.

Di conseguenza, dalla sentenza testè menzionata – che a qualcuno non è piaciuta del tutto¹⁵, ma che costituisce pur sempre la più recente pronuncia del massimo giudice di legittimità, che attualmente fa stato – è scaturito il seguente principio di diritto: *«Nell'azione di responsabilità promossa dal curatore del fallimento di una società di capitali nei confronti dell'amministratore della stessa l'individuazione e la liquidazione del danno risarcibile dev'essere operata avendo riguardo agli specifici inadempimenti dell'amministratore, che l'attore ha l'onere di allegare, onde possa essere verificata l'esistenza di un rapporto di causalità tra tali inadempimenti ed il danno di cui si pretende il risarcimento.*

Nelle predette azioni la mancanza di scritture contabili della società, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, di per se sola non giustifica che il danno da risarcire sia individuato e liquidato in maniera corrispondente alla differenza tra il passivo e l'attivo accertati in ambito fallimentare, potendo tale criterio essere utilizzato soltanto al fine della liquidazione equitativa del danno, ove ricorrano le condizioni perché si proceda ad una liquidazione siffatta, purché siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore e purché il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in rapporto alle circostanze del caso concreto».

Quindi, il criterio in base al quale il danno risarcibile attribuibile alla responsabilità dell'amministratore può consistere nella differenza fra il passivo e l'attivo fallimentare è un criterio manifestamente residuale che, secondo l'esperienza,

¹⁵ Come ad esempio a F. DI CIOMMO, *Danni cagionati al patrimonio sociale, azione di responsabilità e onere della prova secondo le sezioni unite: brevi note (parzialmente) critiche*, in *Foro it.*, 2016, 6702. Appare invece condividere appieno l'insegnamento delle Sezioni Unite G.D. Mosco (con S. LOPREIATO), *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2018, 117 ss., spec. 145 ss., relazione presentata al Corso della S.S.M. svoltosi a Roma nei giorni 15-16 maggio 2018 dal titolo "Le azioni di responsabilità nelle società *in bonis* ed in quelle in crisi: recenti sviluppi del dibattito".

può di fatto evocarsi qualora la mancata o l'irregolare tenuta delle scritture contabili non renda in alcun modo possibile all'attore fornire la prova dell'entità del danno concretamente attribuibile all'inadempimento del convenuto e, più ancora, del nesso di causalità fra tale inadempimento e l'entità del danno.

Il secondo aspetto di notevole rilievo che merita di venire evidenziato con riguardo alla predetta sentenza e che si trova impresso nella *ratio decidendi* appena riferita riguarda invece l'onere probatorio incombente all'attore. A questo – hanno affermato le Sezioni Unite – non incombe l'onere di provare la colpa di ogni singolo convenuto, poiché ciò darebbe luogo ad un'inversione dell'onere probatorio nell'ambito della responsabilità contrattuale, qual'è quella di cui si discute; ma è semplicemente richiesta all'attore l'allegazione – e soltanto l'allegazione, per quanto specifica e circostanziata – degli inadempimenti dei convenuti medesimi¹⁶, che spetta a costoro dimostrare non essere effettivamente sussistenti.

Ciò che l'attore deve invece provare è l'esistenza e l'entità del danno, nonché il nesso causale sussistente fra questo e l'inadempimento dei convenuti. Si comprende allora come l'attore debba – se non dare la prova del comportamento colposo dei convenuti – almeno allegare in che cosa concretamente sussistano gli inadempimenti di questi ai loro rispettivi doveri sanciti dalla legge o dallo statuto, giacché diversamente l'attore non riuscirebbe mai a provare il menzionato nesso di causalità fra la colpa e il danno.

11. Cenno sulla prospettazione della responsabilità degli amministratori non esecutivi nelle società esercenti l'impresa bancaria

I risultati della “rivoluzione” determinata dalla riforma organica del 2003 sulla disciplina della responsabilità degli amministratori, e soprattutto degli amministratori non esecutivi, è stata tuttavia disconosciuta in diverse pronunzie giurisprudenziali emanate con riguardo agli amministratori di società bancarie. Ancora recentissimamente la Suprema Corte ha infatti deciso che tutti gli amministratori – esecutivi e non esecutivi – delle banche hanno il dovere di garantire la “sana e prudente gestione” delle stesse, con ciò assumendo l'obbligo di assicurare un efficace governo dei rischi in tutte le aree operative, nonché di agire allo scopo di esercitare un'efficace funzione conoscitiva e di monitoraggio sulle decisioni gestorie a tutti i livelli. Il che significa che anche gli amministratori non esecutivi sono tenuti ad esercitare tale funzione sulle decisioni e sulle operazioni compiute dagli organi delegati¹⁷.

¹⁶ In questo senso, più recentemente, Cass., 11 novembre 2020, n. 25056, *cit.*

¹⁷ Così Cass., 4 febbraio 2021, n. 2620, in *Società*, 2021, 559, con commento di M. DE POLI, “Segnali di allarme” e responsabilità degli amministratori non esecutivi di banca. In senso sostanzialmente

In effetti le banche devono sottostare a un quadro normativo diverso da quello delineato dalle disposizioni del codice civile fin qui considerate: quadro normativo nel quale rientrano – in base alle previsioni dell’art. 53 t.u.b. – le statuizioni regolamentari via via emanate dalla Banca d’Italia, fra cui risalta la circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, a mente della quale i componenti non esecutivi dei consigli di amministrazione delle banche, avvalendosi dei comitati interni, ove presenti, dal *management*, dalla revisione interna e dalle altre funzioni aziendali di controllo devono acquisire informazioni sulla gestione e sull’organizzazione aziendale (parte I, § IV.1.18). Tenuto conto di questa disciplina speciale di settore – derogatoria rispetto alla novellata disciplina civilistica, delle cui importanti innovazioni non pare tener conto *in parte qua*, mantenendosi attestata sulla posizione anteriore alla riforma del 2003 – la giurisprudenza ha continuato a condannare amministratori non esecutivi di banche per l’omessa vigilanza sull’operato degli organi delegati¹⁸.

La tendenza, in materia bancaria, appare dunque quella di apprezzare con maggior rigore la posizione e i doveri degli amministratori non esecutivi, riportandone in buona sostanza la disciplina a cui sono soggetti a quella anteriore alla più volte menzionata riforma organica del 2003, facendo prevalere sulla norma del novellato art. 2392 c.c. le prescrizioni regolamentari dell’Autorità nazionale di vigilanza sul comparto bancario. Ma è chiaro che, in questo modo, la disciplina speciale applicabile alle banche finisce col collidere con quella generale vigente per le società per azioni ordinarie.

Altra giurisprudenza si è occupata prevalentemente della responsabilità dei sindaci delle società bancarie, dei quali peraltro – questa volta in maniera pienamente conforme alla disciplina civilistica – è stata riaffermata la responsabilità per violazione all’obbligo di vigilanza sia sull’operato degli amministratori, sia sull’adeguatezza dell’organizzazione aziendale, sia sul concreto funzionamento di questa e sul regolare svolgimento della gestione sociale, comprensiva della verifica dell’adeguatezza delle metodologie finalizzate al controllo interno della società, secondo parametri stabiliti dalla normativa regolamentare della Banca d’Italia e della CONSOB, con conseguente obbligo legale di denuncia immediata

analogo si erano espresse, in precedenza, Cass. 4 ottobre 2019, n. 24651, *in Giur. it.*, 2020, 866, con nota di M.L. PASSADOR, *Gli amministratori non esecutivi di società bancarie nella giurisprudenza*; Cass., 17 aprile 2019, n. 10750, *ivi*, 2019, 1859, con nota di F. RIGANTI, *Delega gestoria e responsabilità nel c.d.a. bancario: una questione “indefinita”?*; Cass., 29 ottobre 2018, n. 27365, *ivi*, 2019, 856, ancora con nota di F. RIGANTI, *Amministratori non esecutivi di banca: informazione, sanzioni e responsabilità*; e in *Società*, 2019, 187, con commento di M. DE POLI, *De iure belli, ovvero, dell’obbligo di agire informato degli amministratori non esecutivi di banca*.

¹⁸ Cfr., specificamente, Cass., 29 ottobre 2018, n. 27365, *cit.*

alle stesse Autorità di vigilanza dei fatti censurabili rilevati nel corso delle verifiche periodiche o conosciuti in ogni altro modo, anche a seguito delle eventuali attività di indagine e di ispezione svolte individualmente dai membri del collegio sindacale¹⁹.

12. L'integrazione dell'art. 2086 c.c. e le nuove norme introdotte nel codice civile dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, art. 375, comma 2, entrato in vigore il 16 marzo successivo) ha introdotto il secondo comma dell'art. 2086 c.c.²⁰ nel testo che segue: *«L'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale»*²¹.

Effettivamente, il primo comma dello stesso articolo, lasciato fine a se stesso, aveva poco senso limitandosi ad affermare un dato scontato, e cioè che l'imprenditore è il capo dell'impresa e che da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori.

Tuttavia, nel momento in cui il codice civile del 1942 venne emanato, vigeva ancora l'ordinamento corporativo²², il cui fondamentale documento era la *Carta del Lavoro* del 1927, recante all'art. VII, comma 2, una disposizione che idealmente completava quella del primo comma – pur nella prospettiva di allora, per la quale l'esercizio dell'impresa assumeva rilievo per la stessa economia nazionale e il diritto dell'impresa assumeva connotazioni marcatamente pubblicistiche²³ – dal seguente letterale tenore: *«L'organizzatore dell'impresa [cioè l'imprenditore,*

¹⁹ Cfr., da ultime, Cass., 26 febbraio 2021, nn. 1601 e 1602, le cui massime sono riportate in *Riv. dott. comm.*, 2021, 252.

²⁰ Il comma 1 del predetto art. 375, cit., ha altresì modificato la rubrica dell'articolo in esame in: «Gestione dell'impresa».

²¹ Su cui v. AA.VV., *Crisi e adeguati assetti per la gestione dell'impresa* a cura di A. Panizza, Milano, 2020; P. BENAZZO, *Il controllo nelle società di capitali tra diritto 'comune' e codice della crisi d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2020, 1551 ss.; S. FORTUNATO, *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2021, 549 ss.

²² Abrogato con il r.d.l. 9 agosto 1943, n. 721.

²³ Cfr. L. MOSSA, *L'impresa nell'ordine corporativo*, Pisa, 1935.

diremmo noi oggi] è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato. Dalla collaborazione delle forze produttive deriva tra esse reciprocità di diritti e di doveri. Il prestatore d'opera – tecnico, impiegato od operaio – è un collaboratore attivo dell'impresa economica, la direzione della quale spetta al datore di lavoro, che ne ha la responsabilità». Tale previsione – nella prospettiva, si ripete, di allora – completava e contribuiva a meglio inquadrare il disposto dell'originario art. 2086, nell'unico comma di cui constava.

Detto questo per precisazione storica, occorre riconoscere che non è l'integrazione apportata all'art. 2086 che ha influenzato la successiva produzione legislativa in materia di diritto dell'impresa; ma è, al contrario, la profonda innovazione introdotta all'art. 2381 c.c. dalla riforma organica del 2003 che ha influenzato la modifica che sarebbe stata apportata, sedici anni dopo, allo stesso art. 2086. Le espressioni che ricorrono nel secondo comma di questo stesso articolo sono infatti quelle che già erano presenti nel terzo e nel quinto comma del novellato art. 2381; per cui deve riconoscersi che il legislatore del codice della crisi e dell'insolvenza ha attinto alle regole già emanate per le società per azioni estendendole a tutte le imprese organizzate in forma associata e, più specificamente, in forma societaria o collettiva (consorzi, associazioni con scopo d'impresa, etc.). Tutti gli imprenditori che operano in forma societaria o collettiva, pertanto, hanno il dovere di «istituire» un adeguato assetto organizzativo, come lo hanno gli amministratori delle società per azioni: dove il verbo «istituire» assomma in sé i doveri rappresentati dai verbi “curare” usato per gli organi delegati e “valutare” usato per tutti i componenti del consiglio d'amministrazione²⁴.

A parte ciò, il nuovo secondo comma dello stesso art. 2086 – relativo alla tempestiva rilevazione della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale – non aggiunge granché al pristino obbligo degli amministratori di avvedersi dell'insorgere di una delle cause di scioglimento previste dalla legge o dallo statuto: cause di scioglimento – soprattutto la discesa del capitale sociale al disotto del minimo legale e il conseguimento o l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale – che impediscono tutte alla società di proseguire normalmente la propria attività sul mercato in cui opera, determinandone appunto la perdita del requisito della continuità aziendale. Altrettanto dicasi per il successivo obbligo di intervento per il superamento della crisi e il recupero della suddetta

²⁴ Per queste considerazioni e quelle che precedono mi permetto rinviare a L. DE ANGELIS, *L'influenza della nuova disciplina dell'insolvenza sul diritto dell'impresa e delle società, con particolare riguardo alle s.r.l.*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2019, 9 ss.; cui adde, in termini problematici, M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 253 ss.

continuità, ove ciò sia possibile, o altrimenti di fare ricorso ad una delle procedure concorsuali previste dalla legge. Obbligo, quest'ultimo, anche in precedenza sussistente e normato, tant'è vero che in caso di omissione o di colpevole ritardo nell'adempimento di tale obbligo era – e resta – configurabile quanto meno la fattispecie criminosa della bancarotta semplice.

Il secondo comma dell'art. 2086 c.c., introdotto nel 2019, riflette il precetto contenuto nell'art. 3, comma 2, del codice della crisi e dell'insolvenza, riferito all'imprenditore collettivo²⁵: articolo non ancora entrato in vigore e che dovrebbe entrarvi non prima del 16 maggio 2022. Lo stesso articolo, tuttavia, al comma 1, si riferisce anche all'imprenditore individuale, che onererà – una volta entrato in vigore – di un analogo dovere disponendo: *«L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte»*. Si tratta dunque – nelle intenzioni degli estensori del codice della crisi – di un dovere di portata generale, contemplato per tutti gli imprenditori, qualunque sia la forma giuridica sotto la quale esercitano la propria attività.

Questo intervento, per quanto *de futuro*, del codice della crisi e dell'insolvenza sul codice civile – ancorché in larga misura superfluo perché i concetti espressi con diverse parole erano già presenti nel sistema normativo previgente – appare comunque in linea con la disciplina dettata per le società azionarie e da questa traslata sulla disciplina delle altre società ed in generale di tutti gli imprenditori, individuali e collettivi.

Un'altra estensione di una previsione normativa dettata dalla riforma organica del 2003 per le sole società azionarie (s.p.a. e s.a.p.a.) anche alle società personali (art. 2257, comma 1) e alle società a responsabilità limitata (art. 2475, comma 1) ha destato invece notevoli perplessità. La disposizione di partenza è quella dettata dall'art. 2380-*bis* c.c. secondo la quale, nelle società per azioni: *«La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori»*. Se questa affermazione è pienamente congruente con la disciplina delle s.p.a. – almeno per quelle connotate dal modello tradizionale di *governance* – non altrettanto può dirsi per quanto attiene alle società personali e soprattutto alle s.r.l.

Per le società personali la disposizione in questione non creava peraltro soverchi problemi. Infatti, in tali società, gli amministratori e i soci coincidono, e a tutti costoro spetta disgiuntamente l'amministrazione della società, a meno che sia diversamente stabilito dall'autonomia convenzionale dei soci stessi (art. 2257, comma 2).

²⁵ *«L'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, al fine della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative»*.

Il problema si poneva invece per le s.r.l. aventi beninteso una *governance* di stampo capitalistico. In queste società, anche dopo la riforma del 2003, era ammesso che i soci non amministratori potessero intervenire nelle decisioni gestorie, o perché espressamente richiesti dagli amministratori mediante la convocazione di assemblee *ad hoc*, convocate per deliberare sull'intrapresa di determinate operazioni o sul compimento di determinati atti di amministrazione, od anche sulla base di specifiche disposizioni dell'atto costitutivo che riservavano ai soci, riuniti in assemblea, l'assunzione delle decisioni su taluni argomenti afferenti la gestione sociale di valore economico particolarmente elevato o di notevole importanza (quali, ad esempio, la compravendita o l'ipoteca di immobili strumentali, l'assunzione o la dismissione di partecipazioni, la compravendita di aziende o di rami aziendali e quant'altro). Questa possibilità costituiva anzi un elemento discrezionale che spesso faceva propendere per la scelta del tipo della s.r.l. piuttosto che di quello della s.p.a.

La formulazione dell'art. 2475, comma 1, c.c. sopra riferita impediva evidentemente qualsiasi intervento dei soci sugli atti di amministrazione, in analogia con quanto già previsto per le s.p.a. E questa inibizione rendeva sicuramente meno attrattiva l'opzione per il tipo della s.r.l., che anche sotto questo profilo aveva assunto, con la riforma, un'apprezzabile autonomia rispetto a quello della s.p.a. Va di conseguenza apprezzata con estremo favore l'ulteriore modifica al menzionato art. 2475, comma 1, recata dal più recente decreto correttivo del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, art. 40, comma 4) che ha riservato in via esclusiva agli amministratori di s.r.l. non già la gestione dell'impresa sociale, bensì l'istituzione degli assetti organizzativi interni alla società. Articolo che ora, pertanto, testualmente recita: «*L'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori*»²⁶; null'altro innovando per quanto attiene alla gestione nel suo complesso. E questa formulazione, finalmente, ha risolto un problema che, per la s.r.l., avrebbe potuto rivelarsi di notevole gravità.

Decisamente meno comprensibile, e meno convincente, è di contro l'inserzione di identico tenore che la medesima norma dell'art. 40, comma 2, ha introdotto alla fine del primo comma dell'art. 2380-*bis*, la quale lascerebbe presumere

²⁶ Eguale apprezzamento deve manifestarsi anche per l'analoga modificazione che il primo comma dello stesso art. 40 del citato decreto correttivo ha recato all'art. 2257, comma 1, c.c., per quanto la formulazione anteriore fosse, per le società personali, meno problematica di quanto non lo era per le s.r.l. Sul punto v. G.D. Mosco, *L'amministrazione delle società di persone dopo il codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 605 ss., spec. 611 ss.

che per gli estensori del riformato codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza l'istituzione dei suddetti assetti, di per sè, non rientrasse *pleno iure* nella gestione della società – nella specie, della società per azioni – dalla quale invece esulerebbe. Il che lascia davvero piuttosto perplessi.

La responsabilità degli amministratori privi di delega e gli assetti societari

SOMMARIO: 1. Responsabilità e adeguatezza degli assetti dalla riforma del diritto societario al codice della crisi di impresa. – 2. I doveri degli amministratori. – 2.1. L'obbligo di agire informati. – 2.2. La predisposizione degli assetti adeguati nella dialettica tra amministratori delegati ed amministratori privi di deleghe. – 2.3. La responsabilità degli amministratori privi di deleghe. – 2.4. La responsabilità degli amministratori privi di deleghe con particolare riguardo alla predisposizione degli assetti. – 3. I profili problematici tra diritto sostanziale e processo. – 4. Adeguatezza degli assetti e *business judgment rule*.

1. Responsabilità e adeguatezza degli assetti dalla riforma del diritto societario al codice della crisi di impresa

La riforma del diritto societario di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 ha inciso in modo significativo sulla disciplina della responsabilità degli amministratori e dei sindaci di società di capitali e, in particolare, sulla ripartizione di tale responsabilità tra gli amministratori che svolgono funzioni operative direttamente connesse alla gestione imprenditoriale e gli amministratori privi di deleghe.

Il testo dell'art 2392 c.c. anteriore alla riforma del diritto societario contemplava l'obbligo degli amministratori di adempiere i propri doveri con la diligenza del mandatario, con conseguente responsabilità solidale in ipotesi di inadempimento ed imponeva un generale obbligo di vigilanza secondo il quale ciascun componente del consiglio di amministrazione era tenuto ad attivarsi allo scopo di esercitare un controllo effettivo sull'operato degli altri, sicché l'affidamento di singoli e specifici compiti di amministrazione diretta ad alcuni soltanto degli amministratori non escludeva la responsabilità degli altri. La norma faceva, dunque, ricadere solidalmente sugli amministratori il pregiudizio cagionato (anche) dall'altrui condotta, quando fosse a taluni di loro addebitabile la violazione dell'obbligo generale di vigilanza¹.

¹ In questo senso, *ex plurimis*, Cass., 27 aprile 2011, n. 9384; Cass., 21 luglio 2004, n. 13555; Cass., 15 febbraio 2005, n. 3032.

La riforma del 2003 ha rivoluzionato il sistema della responsabilità degli amministratori di società muovendosi su più direttrici. Sotto un primo profilo, è stato elevato lo *standard* di diligenza richiesto agli amministratori, i quali devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto, declinandolo secondo un criterio di natura oggettivo, la natura dell'incarico, ed uno soggettivo, le specifiche competenze dei singoli amministratori (art. 2392 c.c.)². Parallelamente, è stata rafforzata l'autonomia decisionale degli amministratori rispetto all'assemblea (art. 2380-*bis* e 2364, primo comma, n. 5 c.c.).

Sotto altro profilo, si è voluto evitare che la responsabilità degli amministratori, soprattutto nell'ambito delle azioni esercitate dagli organi delle procedure concorsuali, divenisse tanto vasta da sconfinare in una vera e propria forma di responsabilità oggettiva. Così, l'obbligo generale di vigilanza è stato sostituito dal dovere di agire informati di cui al sesto comma dell'art. 2381 c.c. e, ferma restando la solidarietà tra gli amministratori, è stato precisato che i singoli amministratori rispondono (solo) ove, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

In particolare, poi, è stata introdotta una disciplina specifica della delega gestoria volta a delineare una equilibrata suddivisione delle funzioni e dei compiti – e, conseguentemente, della responsabilità – posti a carico degli amministratori delegati e dei componenti il consiglio di amministrazione.

² Per una corretta lettura del riferimento alle «specifiche competenze», cfr., E. MARCHISIO, *L'agire consapevolmente disinformato dell'amministratore di S.p.A.*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 115. L'A., infatti, osserva che tale riferimento non potrebbe essere letto «nel senso di delimitare i confini della responsabilità per *mala gestio* sul grado *effettivo* di competenze del singolo amministratore», poiché in tal modo si escluderebbe in ogni caso la responsabilità degli amministratori «inetti ed ignoranti». Al contrario, la disposizione va letta «solo unidirezionalmente: giammai per ridurre il grado di diligenza richiesta ma, al contrario, nel senso che, qualora l'amministratore ne sia titolare, in concreto di ulteriori «*specifiche competenze*», egli sia tenuto a farne uso e non possa utilizzare come standard per la valutazione della propria diligenza quello applicabile ad un amministratore mediamente competente». Secondo M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, 983, in M. IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi. Nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna, 2016, l'espressione «specifiche competenze» è il risultato della volontà del legislatore di tecnicizzare l'attività di impresa, distinguendo i compiti di ciascuno e subordinando la stessa assunzione dell'incarico alla sussistenza di particolari capacità professionali. La specificazione della professionalità non toglie – ma aggiunge – contenuti al generale requisito della diligenza richiesta all'amministratore. In tal senso, dunque, in determinate circostanze, la diligenza degli amministratori può arrivare a ricomprendere anche la *perizia*, quale capacità tecnica legata alla propria professionalità che va al di là della mera capacità manageriale che ci si può attendere dal buon gestore di patrimoni altrui.

Così, la delega spezza l'unitarietà della prestazione gestoria e affievolisce il regime generale della solidarietà³ creando un sistema che prevede una dialettica⁴ tra amministratori delegati ai quali spettano compiti di natura esecutiva e consiglio di amministrazione al quale sono conferiti, principalmente, funzioni di alta amministrazione e di supervisione della gestione e, quindi, di programmazione, valutazione e controllo.

Infatti, mentre gli amministratori esecutivi esercitano l'attività gestoria in senso stretto e curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sia adeguato alla natura ed alla dimensione dell'impresa, gli amministratori privi di deleghe devono: a) valutare, sulla base delle informazioni ricevute, l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; b) esaminare, quando elaborati, i piani strategici, industriali e finanziari della società; c) valutare, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione. Essi hanno poi il potere-dovere di chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società.

Così, il consiglio di amministrazione assume una posizione sovraordinata anche nelle materie delegate⁵ e mantiene il potere di impartire direttive agli amministratori delegati, di avocare a sé le competenze oggetto della delega e, nei casi più gravi, di revocare la delega medesima.

Nell'ambito di questo quadro normativo, alla differenziazione delle funzioni (gestionali da un lato, valutative dall'altro) corrisponde una differenziazione in tema di responsabilità da commisurare sulle base delle funzioni assegnate⁶: il quadro normativo uscito dalla riforma impone all'interprete di valutare la responsabilità distintamente per «ciascun» amministratore il quale risponde solo per fatto proprio (commissivo od omissivo) e non (attraverso il paradigma della solidarietà) delle violazioni commesse da altri amministratori o da altri soggetti⁷. In altre parole, se è vero che la regola della solidarietà nei confronti del danneggiato implica che la responsabilità degli amministratori sussiste anche se l'evento dannoso sia collegato da nesso eziologico a più condotte, seppure distinte, di più soggetti ciascuna delle quali abbia concorso a determinarlo restando irrilevante nel rapporto col

³ In tal senso, SPIOTTA, *Amministratori, in Assemblea e amministratori*, Torino, 2014, 833.

⁴ C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*. Milano, 2012, 379 ss.

⁵ La delega non ha carattere abdicativo in quanto l'affidamento ai delegati di determinate materie non ne sottrae la titolarità al consiglio. Così, sulla scorta di unanime dottrina, F. BARACHINI, *art. 2381, in Commentario del codice civile, Delle società. Dell'azienda. Della concorrenza*, Torino, 2015, 107.

⁶ E. MARCHISIO, *L'agire consapevolmente disinformato dell'amministratore di S.p.A.*, cit., 131.

⁷ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, 113.

danneggiato la diseguale efficienza causale delle singole condotte⁸, è altrettanto certo che il principio di solidarietà passiva tra gli amministratori vale solo se gli stessi siano già stati autonomamente individuati come corresponsabili dello specifico danno sulla base della ricostruzione del nesso causale tra la condotta ad essi personalmente attribuibile ed evento pregiudizievole lamentato⁹. Proprio in ragione della circostanza che la responsabilità solidale implica pur sempre un apporto causale al verificarsi del danno, è ben possibile che, una volta valutato il danno nella sua interezza, venga operata una limitazione della responsabilità solidale in capo ad alcuni dei convenuti, per i quali il nesso causale è stato ritenuto sussistere solo con riguardo ad una parte del danno¹⁰.

In altre parole, la responsabilità solidale non implica una responsabilità per fatto altrui¹¹: al contrario, essa rappresenta una modalità attuativa del rapporto

⁸ Cass, 8 luglio 2009, n. 16050; Cass., 27 aprile 2011, n. 9384.

⁹ Trib. Milano 23 febbraio 2012, n. 2359, in *giurisprudenzadelleimprese.it*. In generale, sul tema della solidarietà in materia di azioni di responsabilità, cfr., M. MAGGIOLO, *Solidarietà ('endorganica' o 'transorganica') e regresso nelle azioni sociali di responsabilità*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, 3, 15 ss.; M. FABLANI, *Le obbligazioni solidali nelle azioni di responsabilità contro gli organi di controllo nelle società di capitali*, in *Soc.*, 2021, 1185

¹⁰ In questo senso, Cass., 16 gennaio 2018, n. 832. In questa prospettiva, dunque, sembra che non meritasse, almeno integralmente, le (autorevoli) critiche ricevute la nota Cass., 30 luglio 1980, n. 4891, la quale – osservando come la norma in materia di responsabilità dei sindaci conterrebbe una deroga ai principi in materia di partecipazione causale nella produzione dell'evento dannoso – concluse che i sindaci di una società fallita, nei cui confronti il curatore del fallimento esercita l'azione di responsabilità, rispondono della perdita sociale provocata dall'amministratore unico per la sola parte direttamente imputabile alle omissioni da essi compiute (nella specie: nel non aver impedito che l'amministratore straripasse dai limiti dell'oggetto sociale) e non per la parte imputabile al concorso di comportamenti incauti dei creditori della società (nella specie: per aver concesso alla società crediti sproporzionati al patrimonio sociale). In particolare, la Corte dichiarò il carattere derogatorio del secondo comma dell'art. 2407 c.c., poiché in base a questa disciplina la responsabilità solidale dei sindaci non si estende a tutto il danno da questi causato, ma è limitata alla parte del danno attribuibile alla negligenza dei sindaci.

Le critiche ricevute da F. CHIOMENTI, *La solidarietà «dimezzata» dalla Cassazione dei sindaci con gli amministratori per i fatti o le omissioni dannose di questi*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, 229 ss. si incentravano sul fatto che nessuna disposizione dell'art. 2407 c.c. avrebbe consentito di addossare ai sindaci il solo risarcimento del danno corrispondente alla partecipazione di questi soggetti all'evento dannoso: una volta accertata l'efficienza causale dell'omissione dei sindaci nella causazione dell'unico danno, i danneggiati potranno rivolgersi indifferentemente ad ognuno dei sindaci o degli amministratori per il risarcimento dell'intero danno subito.

Ora, fermo restando che non appare sussistere alcuna deroga da parte dell'art. 2407 ai principi generali, il problema deve essere risolto valutando, in concreto, l'apporto causale della condotta dei sindaci.

¹¹ Come sembra adombrare A. BORGIOI, *La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1978, 1056 (spec., 1074 e 1091).

obbligatorio avente ad oggetto il risarcimento del danno dovuto dagli amministratori ai quali l'inadempimento è imputabile secondo i criteri (ordinari) previsti dal legislatore¹². Conformemente ai principî generali, in particolare, la solidarietà comporta l'irrilevanza, verso il creditore (nel caso di specie, società o creditori sociali), dell'entità del contributo causale da ciascuno degli amministratori fornito e della graduazione delle rispettive colpe¹³ e, di conseguenza, consente all'attore di rivolgersi, onde ottenere il risarcimento dell'intero danno, a tutti gli amministratori, oppure ad alcuni di essi e, finanche, ad uno solo di essi¹⁴.

Nell'ambito della cornice normativa così sommariamente descritta, è divenuto oggetto di approfondimento lo studio della responsabilità degli amministratori privi di deleghe¹⁵, affrontata anche da taluni interventi della giurisprudenza di legittimità¹⁶.

¹² Così, esattamente, L. SAMBUCCI, *art. 2392*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile. Delle società. Dell'azienda. Della concorrenza*, a cura di D.U. SANTOSUOSSO, Milano, 2015, 376 ss.

¹³ In questo senso, Cass., 27 aprile 2011, n. 9384; Cass. 8 luglio 2009, n. 16050; App. Milano, 6 febbraio 1998, in *Giur. it.*, 1998, 2350.

¹⁴ Cass., 25 luglio 2008, n. 20476; Trib. Torino, 28 aprile 1983, in *Soc.*, 1984, 326 il quale nota che la relativa scelta del debitore al quale chiedere l'intero danno non è in alcun modo sindacabile.

¹⁵ Su tale argomento, in generale, P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, II, Torino, 2006, 491; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. a dieci anni dalla riforma del 2003*, cit., 89; E. MARCHISIO, *L'agire consapevolmente disinformato dell'amministratore di S.p.A.*, cit., 104; P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 2015, 707; G. MERUZZI, *Il dovere degli amministratori di agire in modo informato e l'organizzazione interna della società per azioni*, in G. MERUZZI, G. TANTINI, *Le clausole generali nel diritto societario*, Padova, 2011, 151; L. NAZZICONI, *Responsabilità «da omissio controllo» degli amministratori di società azionaria*, in *Foro it.*, 2011, I, 1700 (nota a Cass., 27 aprile 2011, n. 9384 e Cass., 11 novembre 2010, n. 22911); D. REGOLI, *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, in M. CAMPOBASSO, V. CARIELLO, V. DI CATALDO, F. GUERRERA, A., SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Società, banche e crisi di impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, II, Torino, 2014, 1121; U. TOMBARI, A. LUCIANO, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi di s.p.a. nella giurisprudenza più recente*, in *ILSocietario.it*, 2017; M. L. VITALI, *Riflessioni in tema di responsabilità degli amministratori privi di deleghe*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, 409; G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005.

¹⁶ Ci si riferisce, in particolare, a Cass., 29 dicembre 2017, n. 31204, in *Foro it.*, 2018, 4,I, 1292 con nota di E. LA MARCA e Cass., 31 agosto 2016, n. 17441 in *Soc.*, 2017, 218, con nota di S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme*, nonché in *Riv. dir. soc.*, 2016, 860 con nota di A. DI MAJO, *Amministratori di società privi di deleghe e l'obbligo di agire informati*. A tali principî si è uniformata la giurisprudenza di merito: cfr., Trib. Bologna, 19 gennaio 2017, in *DeJure*; Trib. Milano, 31 ottobre 2016 in *Soc.*, 2017, 881 con nota di G. MILANO, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi: nuove e vecchie questioni*.

Ma la riforma del 2003 non si è limitata ad un ripensamento della dialettica tra amministratori privi di deleghe ed amministratori delegati e della conseguente responsabilità degli uni e degli altri: essa ha inciso ancora più in profondità prevedendo che gli amministratori devono predisporre un assetto amministrativo, organizzativo e contabile adeguato alla natura ed alla dimensione dell'impresa (art. 2381, terzo e quinto comma, c.c.)¹⁷.

Successivamente, il d.lgs., 14 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), nel riformare organicamente il diritto concorsuale e nell'introdurre nell'ambito societario i sistemi di allerta (oggi rimodulati nell'ambito del d.l. 24 agosto 2021, n. 118), ha modificato alcune delle disposizioni codicistiche in materia di gestione societaria e, in particolare, l'art. 2086 c.c.

Il nuovo secondo comma della disposizione appena menzionata si muove su due direttrici: da un lato, pone (*recte*: ribadisce) a carico degli amministratori l'obbligo di istituire adeguati assetti organizzativi, che siano – anche – funzionali alla rilevazione tempestiva di sintomi di crisi e di perdita di continuità aziendale; dall'altro, pone a carico dei medesimi amministratori un onere di attivarsi senza indugio per

¹⁷ Sul principio di adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili la letteratura formatasi è vastissima. Ci si limita, quindi, ad indicare taluni scritti: P. MONTALENTI, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Crisi d'impresa, prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, a cura di P. Montalenti e M. Notari, Milano, 2021, 13 ss.; V. CALANDRA BUONAURO, *Corretta organizzazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 439 ss.; S. FORTUNATO, *Codice della crisi e codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. Soc.*, 2019, 952 ss.; ID., *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, 2, 549; E. TERRIZZI, *Adeguatezza degli assetti organizzativi per la gestione della crisi d'impresa*, in *Soc.*, 2019, 280 ss.; V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. Soc.*, 2017, 311 ss.; E. GINEVRA, *Tre questioni applicative in tema di assetti adeguati nella s.p.a.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, 4, 552; P. BASTIA, *Gli adeguati assetti nelle imprese a struttura complessa e nei gruppi societari*, in *www.lamagistratura.it.*; R. RORDORF, *Gli assetti organizzativi dell'impresa ed i doveri degli amministratori di società delineati dal novellato art. 2086, comma 2, c.c.*, in *Soc.*, 2021, 12, 1325; I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber Amicorum Piras, Torino, 2010, 710 ss.; A. JORIO, *Note minime su assetti organizzativi, responsabilità e quantificazione del danno risarcibile*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 812 ss.; G. VERNA, *Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società*, in *Soc.*, 2019, 929 ss.; A. MIRONE, *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2020, 1, 23 ss.; V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 69 ss.

Inoltre, si segnala l'opera collettanea: M. IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi. Nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna, 2016. Nell'ambito di tale volume, si segnala, ai fini che qui interessano, M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 955 ss.

utilizzare gli strumenti che l'ordinamento pone a loro disposizione per superare la crisi, se questa si è manifestata, e per il recupero della continuità aziendale.

Come è stato efficacemente affermato¹⁸, dunque, sussiste dapprima un dovere di prevenire, organizzando l'impresa in modo che ciò sia possibile, e poi un dovere di reagire con prontezza ai segnali di crisi.

In questo modo, la prevenzione della crisi di impresa viene elevata ad interesse primario – al pari, certamente, degli interessi dei soci, in particolare di minoranza¹⁹ – intorno al quale ruota tutto il sistema dei controlli sull'attività di impresa²⁰ e che trova il proprio fondamento nella nuova formulazione dell'art. 2086 c.c.²¹, richiamata, quasi ossessivamente, per ogni tipo societario regolato dal codice civile.

¹⁸ R. RORDORF, *Gli assetti organizzativi dell'impresa ed i doveri degli amministratori di società delineati dal novellato art. 2086, comma 2, c.c.*, cit., 1325.

¹⁹ R. RORDORF, *Gli assetti organizzativi dell'impresa ed i doveri degli amministratori di società delineati dal novellato art. 2086, comma 2, c.c.*, cit., 1327 secondo il quale nel formulare il dovere di istituzione di assetti adeguati, il legislatore ha sì indicato che ciò è finalizzato alla rilevazione tempestiva dei sintomi di crisi, ma opportunamente ha fatto precedere tale indicazione dall'avverbio “anche”, a chiara dimostrazione del fatto che l'adeguatezza degli assetti organizzativi risponde ad un'esigenza di ordine più ampio ed investe il modo stesso di fare impresa, anche a prescindere dall'eventualità di una crisi. Si manifesta qui con chiarezza l'intento del legislatore di promuovere una cultura imprenditoriale più seria e matura, che non si affidi all'arte di arrangiarsi vivendo alla giornata e sperando nella buona stella, ma esprima quella capacità di programmazione e di prevenzione dei rischi senza la quale molta parte del tessuto imprenditoriale della nostra economia resta inevitabilmente fragile e precario.

²⁰ COSÌ, A. PRINCIPE, *Art. 2409 c.c. e s.r.l.: un necessario reinserimento*, in M. IRRERA (a cura di), *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, Torino, 2020, 891.

²¹ In questo senso, appare significativo Trib. Milano, 18 ottobre 2019, in *Giur. it.*, con nota di O. CAGNASSO, *Denuncia di gravi irregolarità: una primissima pronuncia sul nuovo art. 2086 c.c.*, il quale, nell'ambito di un giudizio *ex art. 2409 c.c.*, ha revocato l'amministratore proprio in ragione della circostanza che le condotte di questi non si ponevano in linea con i doveri gestori oggi predicati dall'art. 2086 c.c. e, segnatamente, nella mancata verifica della sostenibilità dell'impresa sociale nella sua prospettiva complessiva e non solo corrente e, in definitiva, della continuità aziendale. Nel medesimo senso, anche Trib. Venezia, 6 febbraio 2019, in *ILFallimentarista.it*, secondo il quale l'omessa rilevazione della perdita di continuità aziendale, da parte degli organi sociali, in quanto possibile causa del verificarsi di danni che il prosieguo dell'attività aziendale ha consentito, può integrare una violazione grave e produttiva di danno, valorizzabile ai sensi dell'art. 2409 c.c. mediante la denuncia al Tribunale da parte del socio. Il concetto di perdita dei requisiti di continuità aziendale esprime la situazione, eventualmente rappresentata contabilmente, di crisi produttiva e finanziaria in cui si venga a trovare la società nel corso della sua attività. Il principio della conservazione della continuità aziendale, sancito dall'art. 2423-bis c.c., impone che amministratori e sindaci svolgano regolari verifiche circa la relativa sussistenza.

In questa prospettiva, il legislatore del codice della crisi si è premurato di modificare le norme dei singoli tipi o modelli societari dedicate a regolarne la gestione (art. 2257 c.c. per la società semplice ma applicabile ad ogni società di persone; art. 2380-*bis* e art. 2409-*novies* per la società per azioni rispettivamente nel sistema tradizionale e nel sistema dualistico di amministrazione e controllo; art. 2475 per la società a responsabilità limitata), per ulteriormente specificare che «l'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori»²².

Peraltro, è anche possibile discutere della reale innovatività delle modifiche apportate, attesa la circostanza che gli obblighi organizzativi in funzione della tempestiva rilevazione degli indici di crisi e attivazione degli adeguati rimedi erano «già immanenti al sistema» ed espressi dagli artt. 2403, 2392, 2394, 2486²³.

2. I doveri degli amministratori

In via di prima approssimazione, può affermarsi che gli amministratori possono essere chiamati a rispondere per i danni cagionati alla società amministrata se siano venuti meno ai propri doveri, così da cagionare, per il tramite del nesso di causalità, un pregiudizio alla società.

Si tratta di una disciplina basata pur sempre, come sopra evidenziato, sul presupposto della colpa con la conseguenza che un singolo amministratore non può essere chiamato a rispondere, in via oggettiva, di un inadempimento altrui in relazione al quale non aveva alcun potere di prevenzione o reazione. Conseguenze che la «personalizzazione» della responsabilità deve tenere necessariamente conto della diversa posizione «oggettiva», connessa alle violazioni commesse ed alle relative conseguenze dannose, e «soggettiva», relativa alle specifiche competenze del singolo ed alle funzioni in concreto attribuite, di ciascun amministratore²⁴.

2.1. L'obbligo di agire informati

Come già accennato, la riforma ha eliminato l'obbligo, gravante su tutti gli amministratori, di vigilare sul generale andamento della gestione sostituendolo con l'obbligo di agire informati (art. 2381, sesto comma, c.c.).

²² S. FORTUNATO, *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit., 554.

²³ N. ABBIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Soc.*, 2019, 396; S. FORTUNATO, *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit., 557 che parla di «rivoluzione moderata» in quanto, ai fini indicati, assumevano rilevanza per un verso delle regole sul capitale sociale, ma soprattutto di quelle su bilancio e revisione in materia di continuità aziendale a fondamento degli obblighi gestori e di monitoraggio suddetti.

²⁴ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. a dieci anni dalla riforma del 2003*, cit., 108.

Tale dovere è, sostanzialmente, una specificazione del dovere di diligenza che, proprio in quanto connessa alla professionalità del gestore d'impresa, grava su tutti gli amministratori, tanto sugli amministratori esecutivi quanto su quelli privi di deleghe²⁵ ed anche sull'amministratore unico, anch'egli, ovviamente, tenuto ad assumere decisioni gestionali sulla base di una istruttoria razionale e completa²⁶. Inoltre, il modello predisposto dal legislatore per le società per azioni per la responsabilità degli amministratori (e, dunque, tanto per la conformazione dei doveri gravanti su ciascuno di essi quanto per la struttura stessa dell'articolazione dell'organo gestorio) si riteneva applicabile anche alla società a responsabilità limitata pur in assenza di un espresso richiamo alla disciplina di cui all'art. 2381 c.c., espresso richiamo introdotto soltanto dall'art. 377 del d.lgs. 14 gennaio 2019, n. 14 (codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) ed inserito nell'ultimo comma dell'art. 2475 c.c.²⁷.

²⁵ Correttamente, M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 986 evidenzia come il dovere di agire informato costituisce il contenuto minimo del dovere di diligenza degli amministratori in tutti i tipi societari.

²⁶ In questo senso, G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, cit., 33 secondo il quale «anche l'amministratore unico, come ogni altro amministratore, è tenuto ad agire in modo informato nell'assunzione delle decisioni imprenditoriali e ad assicurarsi che la veicolazione dei flussi informativi dalla base al vertice dell'organizzazione avvenga in modo adeguato rispetto alla struttura e agli obiettivi di quella determinata impresa»; G. MERUZZI, *Il dovere degli amministratori di agire in modo informato e l'organizzazione interna della società per azioni*, cit., 151.

²⁷ Nel senso indicato nel testo, G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, II, in *Il Codice Civile*. Commentario, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2010, 970. In giurisprudenza, Trib. Udine, 3 febbraio 2012, in *www.ilcaso.it*.

In generale, sulla applicazione dei medesimi principî dettati dagli artt. 2381 e 2392 c.c. alla società a responsabilità limitata (anche prima dell'introduzione dell'espresso richiamo oggi contenuto nell'ultimo comma dell'art. 2475 c.c.), si veda, in particolare, Cass., 26 gennaio 2018, n. 2038. In tale arresto, la Corte, richiamando anche quanto già evidenziato da Cass. 9 novembre 2015, n. 22848, ha stabilito che non si dà imputazione per responsabilità oggettiva in capo agli amministratori di società, posto che, in particolare, gli elementi costitutivi della fattispecie integrante la responsabilità solidale degli amministratori non esecutivi sono, sotto il profilo oggettivo, la condotta d'inerzia, il fatto pregiudizievole antidoveroso altrui ed il nesso causale tra i medesimi, e, sotto il profilo soggettivo, almeno la colpa, i cui caratteri risultano dal nuovo art. 2392 c.c. La norma, invero, stabilisce che la colpa può consistere o nell'inadeguata conoscenza del fatto di altri, il quale in concreto abbia cagionato il danno, o nel non essersi il soggetto con diligenza utilmente attivato al fine di evitare l'evento, aspetti entrambi ricompresi nel concetto di essere "immuni da colpa", cui all'art. 2392 c.c., comma 3. Quando il fatto dannoso sia stato compiuto da un altro amministratore, la colpa concorrente dell'amministratore che non lo abbia direttamente posto in essere – fattispecie omissiva colposa può dunque consistere: a) nella colposa ignoranza del fatto altrui, per non avere adeguatamente rilevato i "segnali d'allarme" dell'altrui illecita condotta, percepibili con la diligenza della carica; b) nell'inerzia colpevole, per non essersi utilmente attivato al fine di scongiurare

Ciò posto, il dovere di agire informati si declina, con riguardo al suo oggetto, in forme diverse a seconda del ruolo assunto dai singoli amministratori. Infatti, per quanto attiene agli amministratori delegati, esso ha ad oggetto il processo decisionale e le correlate scelte gestionali o organizzative che devono essere, oltre che non irrazionali, fondate sull'acquisizione di tutti gli elementi fattuali di volta in volta necessari al compimento della scelta medesima²⁸.

Al contrario, per gli amministratori privi di deleghe, l'obbligo in argomento si sostanzia nella valutazione delle informazioni ricevute e, ove ritenutane la necessità, nell'acquisizione di ulteriori e più approfondite notizie. In sostanza, l'oggetto del dovere è costituito dai flussi informativi che devono promanare, in modo efficiente ed efficace, dagli amministratori esecutivi verso il consiglio e che quest'ultimo ha l'obbligo di esaminare ed approfondire.

l'evento evitabile con l'uso della diligenza predetta. I principî ora richiamati, enunciati con riguardo agli amministratori non esecutivi di società azionaria, possono essere estesi all'amministrazione della società a responsabilità limitata. L'art. 2476 c.c., pone, invero, la responsabilità solidale in capo agli amministratori, con formula più sintetica rispetto all'art. 2392 c.c. Nonostante alcune differenze letterali (il mancato riferimento alla delega gestoria ed alla circolazione dei flussi informativi all'interno del consiglio; la menzione di atti pregiudizievoli ancora da compiere e non degli atti pregressi), identico è, tuttavia, il contenuto normativo: si dà unicamente responsabilità colpevole, mai oggettiva, dovendo essa pur sempre essere ancorata almeno all'elemento soggettivo della colpa; alla "cognizione" del fatto altrui va equiparata la conoscibilità; la mera annotazione del "dissenso" non è sufficiente, non trattandosi di esenzione formale, ma di sostanziale assenza di colpa, posto che non al mero procedimento di rituale verbalizzazione del dissenso in occasione del consiglio di amministrazione deliberante l'atto dannoso è ancorato l'esonero da responsabilità, ma all'effettiva mancanza di qualsiasi colpa, sotto i due profili sopra menzionati. Come nelle ordinarie fattispecie di responsabilità solidale civilistica, pertanto, anche nell'ambito del diritto commerciale, secondo la disciplina positiva appena ricordata, la regola della responsabilità solidale gestoria non esclude affatto che, sebbene in astratto tutti gli amministratori siano responsabili del danno cagionato alla società, in concreto la responsabilità residui solo a carico di uno o taluno di essi; e che, così come nell'illecito civile (cfr. Cass. 7 novembre 2013, n. 25058; 25 gennaio 2012, n. 1028; 20 giugno 2008, n. 16810; 21 settembre 2007, n. 19492; 29 aprile 2006, n. 10042; 6 giugno 2003, n. 9103; 20 gennaio 1995, n. 620), la graduazione interna delle responsabilità si operi in relazione all'apporto effettivo di ciascuno alla causazione dell'evento, anche sino ad escluderne interamente quella di alcuno (in tal senso, v. già, con riguardo al testo ante riforma del 2003 ed alla rilevanza in sede di regresso della graduazione delle colpe, Cass. 27 aprile 2011, n. 9384; 11 novembre 2010, n. 22911; sez. un., 30 settembre 2009, n. 20933).

²⁸ La legittimità della scelta e la sua intrinseca razionalità rendono applicabile il principio della insindacabilità della scelta gestoria (*business judgement rule*) secondo il quale all'amministratore di una società non può essere imputato, a titolo di responsabilità, il mancato successo dell'iniziativa imprenditoriale. Sul punto, da ultimo, Cass., 22 giugno 2017, n. 15470 (che peraltro precisa che la valutazione della ragionevolezza della scelta deve compiersi *ex ante*); Cass., 2 febbraio 2015, n. 1783; Cass., sez. I, 8 settembre 2016, n. 17761 in *Soc. Contr.*, 2017, 44, con nota di A. PAOLINI, *Operazioni di ristrutturazione, sostanziale modificazione dell'oggetto sociale e responsabilità degli amministratori*.

Peraltro, sugli amministratori privi di deleghe grava il dovere di richiedere che gli amministratori delegati rendano al consiglio di amministrazione le informazioni aggiuntive: sarà poi il consiglio di amministrazione medesimo a determinarsi nel senso di impartire direttive, avocare a sé singole operazioni o revocare la delega. Secondo l'indirizzo maggioritario, infatti, il consigliere senza deleghe non ha diretti poteri ispettivi dell'organizzazione societaria e può soltanto chiedere che il delegato fornisca informazioni al consiglio che valuterà la gestione sulla base delle informazioni ricevute. In altre parole, secondo tale ricostruzione, se pure l'obbligo di agire informato non consente all'amministratore privo di deleghe di adagiarsi in recezione passiva, egli non può avere il rapporto diretto con l'operatività aziendale e il dialogo diretto con la struttura che solo agli esecutivi compete e che fonda, dunque, una loro individuale e specifica responsabilità²⁹.

In definitiva, contenuto minimo del dovere di diligenza è rappresentato dal dovere di «agire informati» sancito dall'art. 2381 c.c., che costituisce la *trait d'union* tra gestione e controllo ed è, per l'effetto, è il più importante strumento di verifica dell'obbligo più generale di corretta gestione imprenditoriale³⁰.

2.2. La predisposizione degli assetti adeguati nella dialettica tra amministratori delegati ed amministratori privi di deleghe

Come già visto, l'art. 2381 c.c. prescrive che le società (siano essere società per azioni ovvero società a responsabilità limitata in ragione del richiamo contenuto nell'ultimo comma dell'art. 2475 c.c.) debbano dotarsi di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile che sia adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa.

²⁹ P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 736; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., 385, nt. 88; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. a dieci anni dalla riforma del 2003*, cit., 105. *Contra*, F. BARACHINI, *art. 2381*, cit., 111 secondo il quale la previsione non è diretta a limitare il potere informativo a monte (l'accesso alle informazioni), quanto a regolarne l'esercizio a valle: la norma, quindi, impone «che le informazioni (una volta acquisite dal singolo consigliere) debbano poi essere rese disponibili a tutti gli altri componenti dell'organo (magari proprio nel contesto di una riunione collegiale) onde evitare ogni asimmetria informativa o disparità di trattamento tra gli stessi».

³⁰ M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 984, secondo la quale «il principio dell'agire informati, con tutte le sue possibili articolazioni, risponde dunque alla duplice domanda «cosa e come» si deve adempiere all'incarico per non incorrere in responsabilità, ed è anche strumentale all'obbligo di assicurare adeguati assetti organizzativi in modo che questi siano efficaci nella gestione dei rischi di impresa. Esso costituisce inevitabilmente il perno su cui si appunta il giudizio sulla responsabilità civile degli organi societari da *deficit organizzativo*, consentendo di verificare le modalità di adempimento dell'incarico di gestione e controllo»; G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, 285.

Pur non potendo in questa sede approfondire la questione, vale la pena di accennare in cosa consistano, sotto il profilo oggettivo, gli obblighi in argomento e, dunque, a cosa facciano riferimento i termini di «organizzazione», di «amministrazione» e di sistema «contabile».

Come è stato efficacemente scritto³¹, l'*organizzazione* in senso stretto va declinata in termini di “organigramma” che definisca funzioni, poteri e deleghe di firma ovvero di «aspetti statico-strutturali dell’organizzazione dell’impresa nel senso di configurazione di funzioni e competenze (funzionigramma), poteri e responsabilità (organigramma)».

L'*assetto amministrativo* identifica l’insieme delle “procedure” dirette a garantire l’ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle singole fasi nelle quali le stesse si articolano ovvero la «dimensione dinamico-funzionale dell’organizzazione, intendendosi per tale l’insieme delle procedure e dei processi atti ad assicurare il corretto e ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle sue singole fasi».

L'*assetto contabile*, infine, si riferisce al sistema di rilevazione dei fatti di gestione ovvero alla «parte degli assetti amministrativi volti a una corretta traduzione contabile dei fatti di gestione sia ai fini di programmazione sia ai fini di consuntivazione».

Ciò posto, nell’attività di interpretazione della norma, l’aspetto più delicato afferisce al criterio di adeguatezza con la quale il legislatore ha inteso declinare gli obblighi cui si è fatto adesso cenno³².

Le società, nel predisporre gli assetti organizzativi, devono tenere conto di alcuni elementi basilari quali, ad esempio, la natura, l’attività, la struttura proprietaria e il relativo grado di apertura al mercato del capitale di rischio, le dimensioni e la complessità operativa e gli obiettivi strategici di medio e lungo periodo. Questi

³¹ Le definizioni nel testo sono riprese da G. VERNA, *Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società*, cit., 929 ss. e da S. FORTUNATO, *Assetti organizzativi e crisi d’impresa: una sintesi*, cit., 558. Si vedano, altresì, Assonime, *Le nuove regole societarie sull’emersione anticipata della crisi d’impresa e gli strumenti di allerta*, Circ. n. 19/2019, 21 e CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate*, aprile 2018, 55 ss.

³² G. VERNA, *Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società*, in *Soc.*, 2019, 929 osserva che il concetto di “dimensioni e natura dell’impresa” non è nuovo nel nostro ordinamento: e, invero, l’art. 2214, comma 2, c.c. obbliga l’imprenditore a tenere, in aggiunta al giornale e al libro degli inventari, le altre scritture contabili che siano richieste dalla natura e dalle dimensioni dell’impresa. In questa prospettiva, le scritture contabili non sono solo quelle sistematiche e cronologiche da trascrivere nei libri e nei registri della società secondo determinate formalità, ma anche quelle contenute in qualsiasi supporto, che riportano dati tratti dalle suddette scritture contabili sistematiche. Così, natura e dimensioni dell’impresa fungono, non solo per le scritture contabili, ma soprattutto per la struttura e l’intensità dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile, quale limite superiore e inferiore affinché tale assetto non possa essere giudicato, rispettivamente eccessivo, e quindi dispersivo, o insufficiente.

esempi non esauriscono certo le variabili che possono aversi nel caso concreto e portano ad affermare che è impossibile dare una definizione in assoluto di adeguatezza organizzativa perché non esiste un assetto organizzativo ideale³³.

Così, il carattere aperto del dovere che grava sugli amministratori in materia di predisposizione degli assetti suggerisce che gli spazi di autonomia di cui godono gli amministratori medesimi sono molto ampi: si evidenzia, tuttavia, che «si tratta di una discrezionalità “limitata” che presuppone il rispetto di principi e regole che riempiono di contenuto concreto la formula della corretta gestione imprenditoriale e che la stessa discrezionalità è incisa dal parametro della diligenza applicabile»³⁴.

In definitiva, il contenuto dell'obbligo non è predeterminato dalla legge, essendo in qualche modo «aperto» e, cioè, rapportato alle singole situazioni³⁵: il criterio dell'adeguatezza, che viene così a costituire una clausola generale, «è sostanzialmente un giudizio complesso di proporzionalità fra termini di relazione»³⁶.

³³ In questi esatti termini, M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 956. Secondo A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria: suggestioni sul sistema dei controlli interni*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1172, «la clausola dell'art. 2381 c.c. nel sancire il vincolo di dotare la società di una veste organizzativa adeguata, in quanto principio ad applicabilità generalizzata, non si esprime in termini puntuali ed analitici valevoli, se così fosse, solo per determinate e specifiche situazioni, ma identifica piuttosto la sottostante finalità che tale momento dell'amministrare è tenuto a perseguire, rappresentata per l'appunto dall'allestimento di un apparato organizzativo qualitativamente idoneo allo svolgimento dell'iniziativa economica su cui in concreto insiste. In tale ottica, dunque, il codice accompagna l'identificazione dell'obiettivo in parola enunciando in pari tempo i parametri in virtù dei quali poi orientare le scelte amministrative: in particolare, l'adeguatezza degli assetti interni deve ricercarsi avendo riguardo alla natura e alle dimensioni dell'impresa».

³⁴ M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 962.

³⁵ M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 957; V. CALANDRA BUONAURO, *Corretta organizzazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella società per azioni*, cit., 441 secondo il quale si tratta di un dovere a contenuto indeterminato, limitandosi la legge ad affermare la relatività della nozione di adeguatezza ricollegandola alla natura ed alle dimensioni dell'impresa: spetta, dunque, in questa prospettiva, all'interprete il compito di definire il contenuto dell'obbligo, il significato da attribuire alla clausola generale di adeguatezza e il tipo di sindacato che si deve operare sulle scelte organizzative. Inoltre, la relatività della nozione di adeguatezza degli assetti non dipende soltanto dalla natura dell'attività e dalle dimensioni dell'impresa, ma è anche correlata alle scelte strategiche e al contesto in cui la società si trova ad operare che, definendo il quadro dei rischi a cui essa è esposta, richiedono una coerente predisposizione delle strutture organizzative.

³⁶ Così S. FORTUNATO, *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit., 560, il quale ulteriormente precisa che si tratta di un termine relazionale che può tradursi nel concetto di proporzione, di congruenza, di convenienza e di opportunità. Secondo M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 974, in una prospettiva teleologica, il criterio dell'adeguatezza può avere riguardo alla capacità dell'organizzazione di impedire agli amministratori l'assunzione di un rischio eccessi-

Il contenuto è determinabile – e non predeterminato – e viene «integrato» da fonti extralegali e dalla scienza aziendalista (*best practices*, codici o linee guida di autodisciplina)³⁷.

Quanto alla dialettica tra amministratori delegati e consiglio di amministrazione in ordine alla istituzione, alla cura ed alla verifica della efficacia degli assetti, va subito evidenziato che l'art. 2380-*bis* c.c., nel richiamare l'art. 2086 c.c., attribuisce agli amministratori, oltre alla gestione dell'impresa, una competenza esclusiva anche con riferimento alla istituzione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

Ferma dunque la competenza dell'organo gestorio con esclusione di un intervento dell'assemblea, la dialettica tra amministratori privi di delega ed amministratori delegati va ricercata nell'ambito del successivo art. 2381 c.c.

Secondo tale disposizione, gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa. Al consiglio di amministrazione, invece, spetta il compito (oltre che di determinare il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega, di impartire direttive agli organi delegati e di avocare a sé operazioni rientranti nella delega) di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società «sulla base delle informazioni ricevute».

In altre parole, mentre sugli amministratori delegati grava il compito di istituire gli assetti e (evidentemente) di assicurare che essi siano mantenuti adeguati alla natura ed alla dimensione dell'impresa esercitata, al consiglio di amministrazione spetta di valutare l'adeguatezza degli assetti così predisposti, senza però che ciò richieda, almeno in prima battuta, un intervento diretto degli amministratori deleganti nella stessa istituzione degli assetti³⁸.

vo, prendendo una decisione errata perché assunta accettando un rischio superiore a quello che si è in grado di governare, con l'effetto di mettere a repentaglio – in una prospettiva di medio/lungo periodo – l'equilibrio finanziario e la conservazione stessa dell'impresa. Nel medesimo senso, M. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Orizzonti del dir. comm.*, 2014, 22 ove si osserva che il dovere degli amministratori di predisporre assetti organizzativi adeguati esprima una regola di diritto dell'impresa, funzionale al governo del rischio dell'attività e alla sua conservazione nel medio-lungo termine.

³⁷ S. FORTUNATO, *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit., 560 secondo il quale «il contenuto non è legislativamente predeterminato secondo la tecnica della "fattispecie", benché contesto e rinvio delimitino la scelta da compiersi da parte dell'imprenditore (nella sua articolazione organica) oltre che il potere di sindacato del Giudice»; M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 962, la quale evidenzia che, in tale materia, è decisivo l'apporto della *soft law* (regolamentazione secondaria, regolamenti di autodisciplina, *best practice* etc.) che concorre a definire, nel concreto, il comportamento dovuto dagli organi societari in tema di proceduralizzazione dell'attività di impresa.

³⁸ *Contra*, S. FORTUNATO, *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit., 563.

E, infatti, come il principio di esclusività della gestione operativa-imprenditoriale della società non esclude la dialettica e la ripartizione delle competenze interne al consiglio di amministrazione, così l'esclusività in capo agli amministratori del dovere della istituzione degli assetti non esclude una identica ripartizione delle competenze³⁹. Una simile conclusione appare maggiormente rispondente alla lettera della legge, laddove l'art. 2381 c.c. rimette al consiglio di amministrazione una «valutazione» dell'adeguatezza degli assetti, evidentemente già predisposti dagli organi delegati e, dunque, predispone una linea di demarcazione anche nella attribuzione di responsabilità. La norma, infatti, non implica una assunzione di responsabilità istitutiva dell'assetto a carico dell'intero consiglio⁴⁰, non essendo lecito inferire dalla «cura» affidata agli organi delegati e dall'obbligo di questi ultimi di riferire al consiglio di amministrazione un coinvolgimento diretto ed automatico del *plenum*.

Se è vero, infatti, che la «valutazione» «sulla base delle informazioni ricevute» non può essere intesa in termini meramente passivi, è anche vero che, come appena evidenziato, l'art. 2381 c.c. pone una chiara demarcazione dei compiti attribuiti ai singoli amministratori sulla base delle deleghe ricevute. D'altra parte, non si vede la ragione per la quale – sebbene la dizione normativa sia la medesima – si dovrebbe discriminare gli obblighi e le responsabilità degli amministratori delegati e deleganti tra il caso di scelte gestorie (ove è pacifico, per come si

³⁹ Nel senso criticato nel testo, S. FORTUNATO, *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit., 563. Secondo tale A., «l'art. 2381 dovrà essere interpretato in conformità al principio di esclusività nella istituzione degli assetti in capo agli amministratori, e cioè nel modello latino in capo al CdA. La «valutazione» della adeguatezza degli assetti organizzativi attribuita al CdA dall'art. 2381 va allora intesa non come semplice controllo *a posteriori* da parte dell'organo gestorio collegiale sull'operato degli organi delegati, ma come assunzione di responsabilità istitutiva dell'assetto. La «cura» affidata agli organi delegati, che riferiscono al CdA, investe allora il momento propositivo nella istituzione da sottoporre al CdA e la successiva implementazione e manutenzione, senza che ciò escluda evidentemente il periodico coinvolgimento del *plenum* dell'organo gestorio collegiale, la cui valutazione «sulla base delle informazioni ricevute», non potrà mai intendersi in termini passivi. Quella valutazione, anche successivamente alla decisione istitutiva, deve tradursi in un giudizio operativo di adeguatezza e dunque anche in direttive di eventuale correzione degli assetti come implementati dagli organi delegati. Non va trascurata la circostanza che permane a mio avviso in capo al CdA il potere di avocare a sé il compito della stessa «cura», ove le disfunzioni rilevate in sede valutativa risultino di tale gravità da imporre un tale esito. Parimenti, valutazione e cura possono e devono concentrarsi in capo all'organo amministrativo collegiale, ove manchi l'istituzione di organi delegati, così come in capo all'amministratore unico, ove sia stata scelta questa forma organizzativa della gestione societaria. La vigilanza sull'adeguatezza e sul «concreto funzionamento» dell'assetto compete al collegio sindacale, ma si tratta pur sempre di attività di secondo grado rispetto a quella di competenza degli organi gestori».

⁴⁰ Come, invece, vorrebbe S. FORTUNATO, *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit., *ivi*.

evidenzierà anche nel prosieguo, che l'intervento degli amministratori deleganti sia doveroso solo in caso di segnali di allarme) e quello di scelte organizzative.

Anche in tale ultima ipotesi, l'onere di intervento da parte degli amministratori privi di deleghe sussisterà nel caso in cui questi ultimi abbiano avuto sentore – o potessero avere sentore, usando la diligenza loro richiesta – della inadeguatezza degli assetti istituiti dai delegati. E va da sé che, in tal caso, sarà doverosa, nell'ambito del consiglio di amministrazione, una attività di approfondimento che potrà giungere anche alla revoca della delega conferita, ove le irregolarità, l'inadeguatezza degli assetti o anche le disfunzioni a questi connesse risultino di tale gravità da imporre un simile esito⁴¹.

In questa prospettiva, non vi è dubbio che il consiglio di amministrazione possa svolgere una attività di monitoraggio in ordine alla adeguatezza degli assetti, ma sempre sulla base dei flussi informativi tra organo collegiale e delegati che, con una certa periodicità, riferiscono all'organo gestorio sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo.

2.3. La responsabilità degli amministratori privi di deleghe

Se il sistema della responsabilità rappresenta il contraltare del potere di amministrare, la differenziazione degli obblighi, in particolare, con riferimento al dovere informativo, in capo alle diverse categorie di amministratori non può non avere ricadute sul terreno della responsabilità.

Con riferimento alla responsabilità degli amministratori privi di deleghe, la giurisprudenza di legittimità ha così precisato che essa non può oggi discendere da una generica condotta di omessa vigilanza, ma deve riconnettersi alla violazione del dovere di agire informati, sia sulla base delle informazioni che a detti amministratori devono essere somministrate, sia sulla base di quelle che essi stessi possono acquisire di propria iniziativa⁴².

⁴¹ Non si può, dunque, parlare di una «competenza concorrente» (menzionata da S. FORTUNATO, *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit., *ivi*) del consiglio di amministrazione rispetto agli amministratori delegati, ma di vera e propria ripartizione delle competenze in ordine alla istituzione degli assetti ed alla verifica della loro adeguatezza secondo i parametri forniti dall'art. 2381 c.c.

⁴² Ci si riferisce, in particolare, alle decisioni della giurisprudenza di legittimità menzionate alla nota 16. Non può omettersi di evidenziare come le conclusioni esposte nel testo siano state il frutto di un lungo cammino della giurisprudenza, in talune occasioni rimasta, anche all'indomani della riforma, su posizioni più marcatamente "oggettivistiche". Ad es., secondo Cass. pen., 19 giugno 2007, n. 23838, non può ragionevolmente assumersi che l'unico canale di conoscenza dell'amministratore, rilevante *ex art. 40 cpv. c.p.*, si riduca all'informazione resa in seno all'ambito

In questa prospettiva, agli amministratori privi di deleghe è richiesto non soltanto di essere passivi destinatari delle informazioni rese sua sponte dall'organo delegato, ma anche di assumere l'iniziativa di richiedere informazioni, allorché sussistano quei «segnali di pericolo» o «sintomi di patologia», quali «indici

del consiglio di amministratore o al solo ambito societario. Una volta dimostrata la conoscenza del probabile evento pregiudizievole, connesso alla situazione offerta all'attenzione del soggetto garante, si prova l'esistenza del suo dovere di scongiurare lo stesso, non essendo stati ridotti gli obblighi e le responsabilità dell'amministratore (verso la società ed i creditori) volti a prevenire pregiudizi da condotta illecita. Su una linea mediana, si poneva Cass. pen., 5 novembre 2008 n. 45513, secondo la quale, nell'ambito della società di capitali, la figura dell'amministratore occupa una posizione di garanzia a difesa e presidio dell'interesse della società, essendo il medesimo tenuto all'adozione di tutti gli accorgimenti, cautele e condotte ispirate non soltanto alla sana ed oculata gestione dell'attività e patrimonio sociali ma anche ad evitare ogni possibile lesione o pregiudizio a tali beni. L'aver percepito l'evento dannoso e l'aver serbato un atteggiamento inerte nella possibilità di impedirne l'avveramento, integra la fonte della responsabilità *ex art. 40, comma 2*.

Nella giurisprudenza di merito antecedente agli arresti sopra segnalati, merita una citazione Trib. Udine, 3 febbraio 2012, in *www.ilcaso.it* secondo il quale, ai fini dell'affermazione di responsabilità, è necessario che il giudice valuti «di volta in volta, secondo il parametro della diligenza professionale richiesta a tutti gli amministratori, l'eventuale carenza o insufficienza da parte del medesimo amministratore delegante nell'analisi e nella valutazione critica dei dati forniti dagli amministratori delegati nonché, in caso di "omissioni informative" da parte di questi ultimi, valutare l'operosità e la diligenza con cui il delegante ha provveduto ad attivarsi, se non con atti ispettivi individuali, quantomeno con specifiche richieste di informazioni inoltrate agli organi delegati, a fronte del compimento di fatti anomali o eclatanti. L'amministratore privo di deleghe risponderà dunque in caso di mancata reazione a fatti pregiudizievoli di cui sia venuto a conoscenza in base alle informazioni fornite dai delegati, ovvero, in alternativa, in base alle informazioni da lui assunte nell'ambito del dovere di generale monitoraggio del loro operato imposto dalla legge, ma risponderà altresì delle scelte gestorie, all'evidenza dannose per società e creditori, delle quali non sia stato informato, ma che con l'uso della normale diligenza imposta dalla legge avrebbe tuttavia potuto agevolmente conoscere». Come si vede, tale ultima pronuncia se fa correttamente riferimento alle informazioni fornite dai delegati sembra, ancora una volta, adombrare l'esistenza di un obbligo di generale vigilanza gravante su tutti gli amministratori (e, in particolare, sugli amministratori privi di deleghe) che, al contrario, la riforma aveva inteso espungere. E, infatti, la medesima decisione prosegue affermando che «il dovere di vigilare sul generale andamento della società, posto a carico di tutti gli amministratori, non è stato integralmente soppresso dal nuovo testo dell'art. 2392, II comma c.c., ma solamente attenuato; la nuova disposizione infatti, pur avendo eliminato l'eccessivo e quasi automatico coinvolgimento degli amministratori privi di deleghe operative nelle scelte gestionali degli organi delegati e nelle conseguenti responsabilità, non ha ad ogni modo attribuito agli organi deleganti un ruolo meramente passivo. L'amministratore privo di deleghe ha infatti l'obbligo di agire in modo informato, conservando un compito di monitoraggio sull'andamento della gestione della società e sull'operato degli amministratori con deleghe operative, sì da impedirne il compimento di atti pregiudizievoli per la società e per i creditori sociali».

rivelatori» o «campanelli d'allarme» del fatto illecito posto in essere – o che sta per essere posto in essere – dagli organi delegati⁴³ ovvero della inadeguatezza degli

⁴³ Cfr., in particolare, Cass., 31 agosto 2016, n. 17441 cit., la quale ha preso le mosse dalla verifica delle profonde innovazioni introdotte, in tema di responsabilità degli amministratori, dalla riforma del 2003 per poi evidenziare, in motivazione, che «per un verso gli amministratori operativi rispondono non già quali mandatari, bensì in ragione della “diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze” (così il nuovo testo dell’art. 2392 c.c., comma 1), il che nella sostanza equivale a dire che la diligenza esigibile dall’amministratore è quella dell’art. 1176 c.c., comma 2, ragguagliata alle circostanze del caso. Per altro verso gli altri amministratori non risultano più sottoposti ad un generale obbligo di vigilanza. E non è senza ragione rammentare che tale scelta legislativa concernente la responsabilità di tali amministratori è stata motivata dall’intento di “evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell’esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finivano per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall’accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili” (tanto si legge nella Relazione di accompagnamento al decreto legislativo numero 6 del 2003). Ed infatti, secondo l’attuale articolo 2392 c.c., “in ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dall’art. 2381, comma 3, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose”. La norma uscita dalla riforma richiama dunque l’art. 2381, comma 3, che pone a carico degli amministratori, tra l’altro, l’obbligo di valutare l’adeguatezza dell’assetto amministrativo, organizzativo e contabile della società “sulla base delle informazioni ricevute”, e l’andamento della gestione “sulla base della relazione degli organi delegati”. Ma il rinvio è da intendersi necessariamente esteso anche all’art. 2381 c.c., comma 6, secondo il quale “gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società”. Insomma, la responsabilità degli amministratori privi di specifiche deleghe operative non può oggi discendere da una generica condotta di omessa vigilanza, tale da trasmodare nei fatti in responsabilità oggettiva, ma deve riconnettersi alla violazione del dovere di agire informati, sia sulla base delle informazioni che a detti amministratori devono essere somministrate, sia sulla base di quelle che essi stessi possono acquisire di propria iniziativa. In definitiva gli amministratori (i quali non abbiano operato) rispondono delle conseguenze dannose della condotta di altri amministratori (i quali abbiano operato) soltanto qualora siano a conoscenza di necessari dati di fatto tali da sollecitare il loro intervento, ovvero abbiano ommesso di attivarsi per procurarsi gli elementi necessari ad agire informati. Ne discende che, nel contesto normativo attuale, gli amministratori non operativi rispondono per non aver impedito “fatti pregiudizievoli” dei quali abbiano acquisito in positivo conoscenza (anche per effetto delle informazioni ricevute ai sensi dell’art. 2381 c.c., comma 3) ovvero dei quali debbano acquisire conoscenza, di propria iniziativa, ai sensi dell’obbligo posto dall’ultimo comma dell’art. 2381 c.c.: per il che occorre che la semplice facoltà di “chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società” sia innescata, così da trasformarsi in un obbligo positivo di condotta, da elementi tali da porre sull’avviso gli amministratori alla stregua della “diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze”: altrimenti si ricadrebbe nella configurazione di un generale obbligo di vigilanza che la riforma ha invece volutamente eliminato». Nel medesimo senso, Cass., 26 gennaio 2018, n. 2038; Cass., 9 novembre 2015, n. 22848 avente ad oggetto la responsabilità degli amministratori di società bancarie; Trib. Bologna, 19 gennaio 2017, cit.; Trib. Milano, 31 ottobre 2016, cit. In dottrina, M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 989.

assetto dal medesimo predisposto. In altre parole, la colpa che fonda la responsabilità dei deleganti può consistere o nel non avere rilevato i segnali dell'altrui illecita gestione, pur percepibili con la diligenza richiesta dalla carica ovvero nel non essersi utilmente attivato al fine di evitare il danno⁴⁴.

Se così è, la problematica si sposta sulla individuazione di quegli elementi tali da porre sull'avviso gli amministratori alla stregua della diligenza esigibile (segnali di allarme) idonei ad innescare la facoltà di chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società così da trasformare la facoltà in un obbligo positivo di condotta generatore di responsabilità.

La prima ipotesi di allarme può aversi allorché l'amministratore delegato ometta completamente di riferire al consiglio, nel termine previsto dall'art. 2381 quinto comma c.c. ovvero in quello diverso previsto statutariamente, sull'andamento della gestione, sulla prevedibile evoluzione e sulle operazioni di maggior rilievo e, per quello che qui interessa, anche sulla istituzione degli assetti e sul mantenimento del loro livello di adeguatezza alla natura ed alle dimensioni dell'impresa esercitata. Ad essa può essere sostanzialmente parificata l'ipotesi dell'amministratore delegato che fornisca informazioni del tutto generiche ed apodittiche consistenti in affermazioni prive di significato realmente esplicativo⁴⁵. In tali fattispecie, essendo la carenza informativa immediatamente percepibile – così come la mancata predisposizione degli assetti – l'accertamento della colpa dell'amministratore privo di deleghe non richiede ulteriori valutazioni se non quella concernente il mancato intervento reattivo.

Diverso è il caso in cui l'amministratore delegato fornisca una informazione che, sebbene formalmente corretta, si presenti sostanzialmente incompleta ed errata⁴⁶. Ora, a parte l'ovvia considerazione che la responsabilità andrà valutata caso per caso in relazione alla intrinseca percepibilità dell'incompletezza, della irrazionalità e della erroneità dell'informazione prodotta (per la quale non appare neppure prospettabile una classificazione astratta), viene in rilievo, da una parte, l'affidabilità dell'amministratore delegato e, dall'altra, proprio la predispo-

⁴⁴ L. NAZZICONE, *Responsabilità «da omissio controllo» degli amministratori di società azionaria*, cit., 1700.

⁴⁵ COSÌ, E. MARCHISIO, *L'agire consapevolmente disinformato dell'amministratore di S.p.A.*, cit., 135 che riporta il caso (di scuola) dell'amministratore che riporti in consiglio mere formule di stile quale «da gestione procedere regolarmente e le operazioni di maggior rilievo sono adeguatamente condotte dall'amministratore delegato».

⁴⁶ Per un approfondimento della questione, da ultimo, E. MARCHISIO, *L'agire consapevolmente disinformato dell'amministratore di S.p.A.*, cit., 136.

sizione, a monte, di assetti organizzativi che siano effettivamente adeguati alla tipologia di società e come tali valutati dal consiglio di amministrazione nella sua collegialità⁴⁷. In altre parole, proprio la predisposizione di un assetto adeguato costituisce un argine ad una eccessiva responsabilizzazione degli amministratori, in quanto garantisce che la struttura societaria era ben organizzata e capace di reagire tempestivamente a fattori negativi esterni, con la conseguenza che diviene lecito inferire che il fallimento dell'iniziativa imprenditoriale si riconnette a cause sulle quali gli amministratori stessi non potevano incidere.

Al contrario, nell'ipotesi in cui tali presupposti difettino dovrà essere necessariamente affermato l'inadempimento dell'amministratore privo di deleghe per non avere diligentemente valutato le informazioni ricevute ovvero per non avere valutato (sempre sulla base di quelle informazioni) l'esistenza di una struttura idonea al reperimento ed alla verifica delle informazioni.

Peraltro, ove le informazioni, anche eventualmente aggiuntive, non risultino sufficienti, l'amministratore privo di deleghe potrà⁴⁸: avanzare la richiesta al presidente di convocare il consiglio, sollecitare il consiglio a revocare la deliberazione illegittima o l'incarico in capo all'amministratore ovvero ad inviare richieste scritte all'organo delegato al fine di invitarlo a desistere dal compimento dell'attività dannosa, ad impugnare la deliberazione *ex art.* 2391 c.c., a procedere a segnalare al p.m. o all'autorità di vigilanza. Inoltre, l'amministratore potrà, ai fini dell'esonero da responsabilità, fare annotare il proprio dissenso, *ex art.* 2392, terzo comma, c.c.

Per converso, conformemente alla centralità dell'elemento della colpa, l'amministratore potrà sempre provare l'esistenza di impedimenti di carattere oggettivo ovvero di circostanze che abbiano ostacolato ogni possibilità di attivarsi per acquisire nuove informazioni in ordine ad atti o operazioni compiute dagli amministratori operativi⁴⁹.

In definitiva, la responsabilità dei deleganti si fonda non già sull'omessa vigilanza, ma sulla violazione degli obblighi di intervento che nascono dalle informazioni di cui essi dispongono o che avrebbero dovuto richiedere: in tal modo

⁴⁷ In questa ottica, si spiega la norma di cui al terzo comma dell'art. 2381 c.c. che demanda al consiglio di amministrazione nel suo complesso, sebbene sulla base delle informazioni ricevute, l'adeguatezza degli assetti, i piani strategici, industriali e finanziari ed il generale andamento della gestione.

⁴⁸ Sul punto, U. TOMBARI, A. LUCIANO, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi di s.p.a. nella giurisprudenza più recente*, cit., par. 3.

⁴⁹ A. DI MAJO, *Amministratori di società privi di deleghe e l'obbligo di agire informati*, cit., 864. In giurisprudenza, Trib. Prato, 14 settembre 2012, in *www.ilcaso.it* che menziona il caso della condotta dell'amministratore delegato volta ad aggirare o ad impedire che l'amministratore non delegato ne venga a conoscenza.

vengono a coniugarsi, da una parte, il ripudio di ogni forma di responsabilità oggettiva e, dall'altra, la necessità che gli amministratori non esecutivi siano ridotti a futili elementi decorativi da *window dressing*⁵⁰.

2.4. La responsabilità degli amministratori privi di deleghe con particolare riguardo alla predisposizione degli assetti

I principî ora esposti in tema di ripartizione delle competenze e delle conseguenti responsabilità tra amministratori delegati e deleganti devono applicarsi, sulla base del disposto dell'art. 2381 c.c., anche in relazione alla violazione degli obblighi che incombono sugli uni e sugli altri in relazione alla predisposizione di assetti adeguati.

È, infatti, pacifico che tanto la mancata predisposizione degli assetti quanto la inadeguatezza di essi in relazione alla natura ed alla dimensione dell'impresa e, in particolare, la mancata predisposizione dei presidi necessari e opportuni ad assicurare un'organizzazione efficiente dell'impresa⁵¹ costituiscano un inadempimento alla prestazione esigibile agli amministratori. E va da sé che tale inadempimento può costituire una grave irregolarità che giustifica una iniziativa ai sensi dell'art. 2409 c.c. che può giungere finanche a disporre la revoca degli amministratori⁵².

⁵⁰ D. REGOLI, *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, cit., 1124.

⁵¹ G. VERNA, *Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società*, cit., 929; M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 956.

⁵² Merita, infatti, di essere evidenziato che le prime pronunzie giurisprudenziali hanno ammesso la possibilità di denunciare con lo strumento di cui all'art. 2409 c.c. le carenze organizzative addebitabili agli amministratori. Si è così affermato che incorre in responsabilità per *mala gestio* l'amministratore di società di capitali che omette di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, rimanendo inerte di fronte ai segnali indicatori di una situazione di crisi o pre-crisi; non vi incorre invece l'amministratore che abbia predisposto un assetto organizzativo, amministrativo e contabile che, alla stregua di una valutazione che tenga conto delle conoscenze e degli elementi allora a disposizione dell'amministratore, si mostra idoneo a verificare tempestivamente la perdita della continuità aziendale; né vi incorre l'amministratore che, pur avendo tempestivamente rilevato, grazie all'assetto organizzativo predisposto, il venir meno della continuità aziendale, ponga in essere interventi che successivamente si rivelino inutili ad evitare la degenerazione della crisi, ed eventualmente il fallimento della società, qualora tali interventi non risultino, sulla base di una valutazione *ex ante*, manifestamente irrazionali ed ingiustificati. Sussiste sospetto di gravi irregolarità nella gestione di una società di capitali in crisi capaci di arrecarle danno, da riscontrare con l'ispezione dell'amministrazione della società stessa, l'averne gli amministratori: a) adottato, senza poi perseguire, un piano industriale, basato sulla quotazione in borsa e sull'ampliamento dell'emissione obbligazionaria, volto al superamento della crisi; b) conferito un redditizio ramo d'azienda in altra società, anziché venderlo per ricavarne la liquidità occorrente a fronteggiare parte del debito sociale (Trib. Roma, 24 settembre 2020, in *Foro it.*, 2020, I, 2965. La medesima decisione si trova in *Defjure* con la diversa data del 15 settembre 2020).

Come però già evidenziato, tutti gli amministratori possono essere chiamati a rispondere dell'inadeguatezza organizzativa, ma in base a criteri di imputazione diversi⁵³: alla luce del diverso contenuto dell'obbligo richiesto rispettivamente agli amministratori delegati ed a quelli privi di deleghe appare maggiormente coerente replicare, anche con riferimento alla responsabilità da deficit organizzativo in cui possono incorrere questi ultimi, lo schema concettuale sopra esposto trattando in generale della responsabilità degli amministratori deleganti.

In questa più corretta prospettiva, può affermarsi che gli amministratori privi di deleghe rispondono dell'inadeguatezza organizzativa della società – ovviamente nel caso in cui questa costituisca il presupposto del danno sofferto dalla società, dai soci, dai creditori o da terzi – per non avere valutato l'adeguatezza degli assetti organizzativi nel momento in cui questi sono stati predisposti ovvero per non averlo fatto costantemente e, in particolare, di fronte a *sintomi di irregolarità di gestione* o, più in generale, di *segnali di allarme*^{54 55}.

Solo, dunque, quando si sarà accertato una violazione dell'obbligo di «reazione» da parte degli amministratori deleganti potrà essere affermata la responsabi-

⁵³ M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 960.

⁵⁴ In questi esatti termini, M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 989 secondo la quale «la procedimentalizzazione dell'attività effettuata dopo avere compiuto una seria analisi dei rischi d'impresa, pur non essendo evidentemente una panacea, spezza in segmenti l'attività d'impresa consentendo di circoscrivere, in caso di necessità, l'area in cui si è potuto realizzare l'illecito e, in linea di principio, di individuare con più facilità i responsabili. Si riesce cioè a contenere sia il rischio di disinformazione sia quello da disorganizzazione in senso stretto».

⁵⁵ È noto che la giurisprudenza mantiene un atteggiamento di maggiore severità quando si tratta di società esercenti l'attività bancaria. In particolare, anche recentemente, è stato affermato (Cass., 4 febbraio 2021, n. 2620) che, ai fini della configurabilità di un illecito omissivo a carico dei componenti del consiglio di amministrazione, non titolari di deleghe di poteri di un istituto di credito, il dovere di agire in modo informato dei consiglieri non esecutivi delle società bancarie, sancito dall'art. 2381, commi 3 e 6, e 2392, c.c. non va rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dai rapporti degli amministratori delegati, giacché tutti i consiglieri devono possedere ed esprimere costante e adeguata conoscenza del business bancario e, essendo compartecipi delle decisioni di strategia gestionale assunte dall'intero consiglio, hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi di tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter efficacemente esercitare una funzione di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi anche ai fini dell'esercizio dei poteri, spettanti al consiglio di amministrazione, di direttiva o avocazione. Nella medesima prospettiva, Cass., 4 ottobre 2019, n. 24851 secondo la quale, nelle società per azioni bancarie, il dovere di «agire in modo informato» da parte dei componenti del consiglio di amministrazione non può dirsi assolto nella mera richiesta di informazioni all'organo esecutivo, ma deve tradursi, tanto più nel caso in cui esse non siano esitate ovvero si presentino generiche o comunque non esaurienti, in iniziative concrete di proposta all'organo collegiale volte a correggere tale disfunzione.

tà di questi ultimi, responsabilità che potrà predicarsi verso la società, i creditori, i terzi secondo le regole generali che il codice civile pone in tale materia.

In tutti i casi, secondo i principî generali, il giudice è tenuto ad accertare la sussistenza dell'illecito, a valutare la condotta degli organi societari alla luce del parametro di diligenza applicabile, a verificare l'esistenza di un nesso di causalità tra l'illecito e il danno e, infine, a quantificare il danno risarcibile, stabilendo chi debba risponderne, a quale titolo, e quale ripartizione della colpa debba essere effettuata tra i soggetti colpevoli.

3. I profili problematici tra diritto sostanziale e processo

Sebbene il confronto con la disciplina anteriore alla riforma sembri assecondare l'idea di un affievolimento della responsabilità degli amministratori non operativi, appare invece corretto affermare che la responsabilità sia stata soltanto declinata in modo diverso (e più rispettoso del suo carattere colposo di essa) orientato più sul versante dei controlli che su quello della gestione attiva della società. La nuova modulazione della responsabilità può essere definita da omissione di attività informativa che diventa oggetto di un dovere di comportamento degli amministratori non operativi⁵⁶.

Così, sotto il profilo sostanziale, l'attività degli amministratori privi di deleghe viene a collocarsi nell'alveo del sistema dei controlli interni della società.

Come è stato autorevolmente sostenuto⁵⁷, il controllo si emancipa poi dall'accezione tradizionale di verifica *ex post* e si evolve in elemento coesistente dell'esercizio dell'impresa e del potere amministrativo. In altri termini, il controllo non è più estrinseco, ma intrinseco alla funzione gestoria, inserendosi, dinamicamente, nel farsi della gestione al fine di indirizzarla verso l'attuazione delle regole di corretta amministrazione, sul cui rispetto vigila il collegio sindacale⁵⁸.

Se, in precedenza, il rapporto esistente tra la responsabilità degli amministratori e quella dei sindaci poteva essere plasticamente raffigurata come due centri concentrici ove l'inadempimento degli amministratori è dato da un cerchio al quale se ne sovrappone un altro raffigurante l'inadempimento dei sindaci⁵⁹, oggi

⁵⁶ Così, A. DI MAJO, *Amministratori di società privi di deleghe e l'obbligo di agire informati*, cit., 863.

⁵⁷ P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, cit., 716; S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme*, cit., 229.

⁵⁸ Così, testualmente, S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme*, cit., 229.

⁵⁹ Così, M. FRANZONI, *Società per azioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 2015, 234

la più marcata distinzione tra funzioni dei diversi amministratori introduce, per così dire, all'interno di quel grafico, un cerchio, rappresentante l'inadempimento degli amministratori non operativi, che si colloca a livello intermedio tra amministratori delegati e sindaci.

La riconduzione della responsabilità degli amministratori privi di deleghe alla funzione di controllo ha, altresì, importanti ricadute nell'ambito processuale dei giudizi di responsabilità⁶⁰ che la stessa giurisprudenza ha cura di sottolineare.

Ovviamente, rimane fermo il punto di partenza dell'azione di responsabilità esercitata dalla società nei confronti degli amministratori e, precisamente, la sua riconduzione nell'alveo delle azioni di natura contrattuale. Da ciò consegue, sul piano degli oneri probatori, che la società, ovvero il curatore nelle azioni che si inseriscono in una procedura concorsuale, è onerato della allegazione e della prova delle condotte di *mala gestio* poste in essere dagli amministratori⁶¹, del danno e del nesso di causalità tra le prime e le seconde. Incombe per converso sugli amministratori l'onere di dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti⁶².

Ora, prescindere se tale schema concettuale (che riprende quanto statuito da un importante arresto delle sezioni unite⁶³) sia effettivamente applicabile e replicabile allorquando si tratti, come avviene molto spesso nelle azioni di responsabilità, di violazioni di obblighi a contenuto non specifico ma generico, la «qualità» e l'«oggetto» dell'inadempimento addebitabile agli amministratori non esecutivi impone alcune precisazioni.

che precisa che mentre il primo è indispensabile per l'esistenza del secondo, non è vero il contrario; mentre il primo è la fonte del danno alla società, non necessariamente lo è anche il secondo.

⁶⁰ Sugli aspetti processualistici della decisione richiamata e, più in generale, nelle azioni di responsabilità, I. PAGNI, *Onere di allegazione e onere della prova nelle azioni di responsabilità*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, 599 ss.

⁶¹ I. PAGNI, *Onere di allegazione e onere della prova nelle azioni di responsabilità*, cit., 606, che sottolinea «l'onere, che grava sull'attore, di individuare le condotte dell'amministratore o del sindaco e i danni che ne siano derivati implica, trattandosi di un giudizio avente ad oggetto il diritto eterodeterminato al risarcimento del danno, la necessità di una indicazione specifica dei fatti materiali che l'attore assume essere stati lesivi del proprio diritto, quale elemento essenziale, richiesto dalla legge a pena di nullità, della domanda introduttiva del giudizio».

⁶² Sul punto, una analitica ricostruzione degli oneri probatori a carico delle parti nelle azioni di responsabilità si rinviene nella motivazione di un recente intervento della giurisprudenza di legittimità: cfr., infatti, Cass., ord., 20 ottobre 2021, n. 29252.

⁶³ Ci si riferisce, ovviamente, a Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533.

Infatti, consistendo l'addebito nel non essersi attivati per evitare che gli amministratori delegati cagionassero un danno alla società, diviene centrale che l'attore allegghi, fornendone la prova, le informazioni di cui gli amministratori non operativi potevano effettivamente disporre (e di cui si sono colpevolmente disinteressati) e l'idoneità di esse, in relazione alla completezza ed alla apparente plausibilità, ad attivare i poteri di approfondimento e di reazione di cui detti amministratori dispongono. Inoltre, una volta accertata tale violazione, occorre ulteriormente verificare se ed in quali eventuali limiti possa concretamente essere predicata la sussistenza del nesso eziologico⁶⁴ tra detta condotta ed il pregiudizio arrecato alla società.

Sotto questo ultimo profilo, spetta all'attore in responsabilità dimostrare non solo che vi erano segnali di allarme tali da far divenire attuale l'obbligo degli amministratori privi di deleghe di richiedere nuove e più approfondite informazioni⁶⁵, ma anche che l'attivazione dei poteri degli amministratori privi di deleghe e, in definitiva, del consiglio di amministrazione avrebbe evitato il danno ovvero avrebbe limitato le conseguenze dannose della condotta posta in essere dai delegati.

In altre parole, l'attore deve allegare e provare che il tempestivo intervento degli amministratori privi di deleghe avrebbe, con certezza o con rilevante probabilità, evitato l'evento dannoso ovvero limitato le conseguenze pregiudizievoli di esso. Assolti tali oneri da parte della società, la colpa si presume perché è onere degli amministratori provare la causa esterna che abbia reso non percepibili quei segnali o impossibile qualsiasi condotta attiva mirante a scongiurare il danno⁶⁶.

In definitiva, la responsabilità degli amministratori non operativi viene a caratterizzarsi come una responsabilità sussidiaria o di secondo grado⁶⁷ che pre-

⁶⁴ In generale, su tale presupposto dell'azione, di recente, R. CAMPIONE, *L'accertamento del nesso eziologico nel contesto delle azioni di responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 97 ss.

⁶⁵ L. NAZZICONE, *Responsabilità «da omesso controllo» degli amministratori di società azionaria*, cit., 1700; S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme*, cit., 224; Così anche I. PAGNI, *Onere di allegazione e onere della prova nelle azioni di responsabilità*, cit., 606 che precisa, altresì, che "quando il danneggiato affermi che l'illecito discende dalla mancata valutazione di adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, non sia sufficiente la mera allegazione, ma occorra la prova del nesso causale che lega la mancata valutazione, come fatto presupposto, alla condotta che si imputa all'amministratore".

⁶⁶ Testualmente, L. NAZZICONE, *Responsabilità «da omesso controllo» degli amministratori di società azionaria*, cit., *ibidem*.

⁶⁷ Così, S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme*, cit., 230 e con riferimento in generale alla responsabilità da controllo, L. FURGIUELE, *La responsabilità da controllo*, in R. ALESSI – N. ABRIANI – U. MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 437.

suppone: (i) un pregiudizio riconducibile eziologicamente alla violazione di una regola gestoria imputabile agli amministratori delegati; (ii) la violazione da parte degli amministratori non operativi dei doveri concernenti la funzione di controllo loro affidata; (iii) il nesso di causalità tra la violazione dei doveri propri dei deleganti e il pregiudizio determinato dall'operazione dannosa posta in essere dai delegati.

Tali conclusioni, certamente condivisibili, meritano però una ulteriore precisazione allorché l'illecito addebitabile agli amministratori riguardi, appunto, la mancata predisposizione di assetti adeguati. E, infatti, appare evidente come non ogni inadempimento in materia di assetti interni possa determinare un danno alla società⁶⁸, ben potendo una violazione rimanere priva di conseguenze per il patrimonio sociale e, dunque, non generare un obbligo risarcitorio, ma (eventualmente) solo la revoca degli amministratori⁶⁹. In altre parole, il più delle volte, la mancata predisposizione di un assetto organizzativo, amministrativo o

⁶⁸ Una ipotesi di danno direttamente ricollegabile ad una violazione connessa alla predisposizione di assetti organizzativi è stata affrontata da Trib. Roma, 8 aprile 2020 (pubblicata in *Foro it.*, 2020, I, 2172, con nota redazionale; in *Soc.*, 2020, 1339, con nota di A. BARTALENA, *Assetti organizzativi e business judgment rule*; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, II, 281 con nota di L. BENEDETTI, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali. In particolare, il principio della business judgment rule applicato alle scelte organizzative degli amministratori*; in *Giur. it.*, 2021, 103, con nota di M. TABELLINI, *Business judgment rule e scelte organizzative* e di O. CAGNASSO, *Scelte degli amministratori, attività preparatoria e istruttoria e assetti adeguati*; in *IlSocietario.it*, 2020, con nota di F. PICONE, *L'applicabilità delle Business Judgment rule alle scelte organizzative degli amministratori*; in *Riv. dir. soc.*, 2021, 2, 290 con nota di A. BRIGUGLIO, *Applicabilità della business judgment rule alle scelte in materia di assetti societari adeguati*. Da tale decisione è stato tratto il caso Assonime, n. 7/2020 dal titolo *Business Judgment rule e assetti organizzativi adeguati*, a cura di Maddalena Rabitti.

Nel caso affrontato dal Tribunale romano, è stata affermata la responsabilità degli amministratori per avere proceduto al reclutamento di un ingente numero di personale in epoca anteriore all'acquisizione delle autorizzazioni amministrative necessarie per lo svolgimento dell'attività (gestione diretta dell'assistenza assicurativa): in questo modo il danno è stato parametrato ai costi sostenuti dalla società per le retribuzioni e gli altri oneri di tale personale.

⁶⁹ M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 961 e 993 secondo la quale non necessariamente un deficit organizzativo determina un danno alla società, potendo anzi accadere che si determini un risparmio di costi e un utile per l'impresa; così come non necessariamente un eventuale danno lamentato dalla società è riconducibile all'inadempimento degli organi di amministrazione e controllo, una volta che sia accertato un deficit organizzativo. Il deficit organizzativo, anzi, concorre spesso con uno specifico inadempimento ad un obbligo di legge e/o di statuto che finisce per assumere rilievo assorbente nel ragionamento dei giudici, se non altro per il fatto che in questo modo la magistratura riesce a restringere l'area della discrezionalità rendendo controllabile il suo giudizio. Nello stesso senso, M. DE MARI, *Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali*, in *Nuovo dir. soc.*, 2009, I, 74.

contabile non è, da sola, la causa immediatamente efficiente del danno prodotto, funzionando, invece, come causa «agevolatrice» di altri illeciti commessi dagli amministratori nella gestione operativa della società: occorrerà, dunque, valutare bene, sul piano del nesso causale, se la predisposizione di assetti adeguati avrebbe consentito di impedire la causazione dell'illecito.

Spetterà, dunque, all'attore fornire la prova della violazione dell'obbligo di istituire o curare gli assetti organizzativi e, in particolare, la prova del nesso causale tra detta violazione e danno subito dalla società.

Diversamente, il pericolo consiste nel fatto che – attraverso il giudizio in ordine alla adeguatezza che, come già avvertito, è sostanzialmente un «giudizio complesso di proporzionalità fra termini di relazione» e, in particolare, attraverso la funzionalizzazione di quegli assetti alla prevenzione della crisi di impresa – la responsabilità degli amministratori torni a schemi, che la riforma del 2003 aveva inteso superare, di responsabilità sostanzialmente oggettiva ovvero che si proceda ad una eccessiva «anticipazione» della soglia di responsabilità⁷⁰. È, infatti, evi-

⁷⁰ Sotto tale secondo aspetto, appare meritevole di attenzione la preoccupazione manifestata da E. GINEVRA, *Tre questioni applicative in tema di assetti adeguati nella s.p.a.*, cit., 562 con riferimento agli obblighi di gestione conservativa che gravano sugli amministratori in caso di perdita del capitale sociale. Come è noto, infatti, dal momento in cui sussiste la perdita del capitale sociale al di sotto del minimo legale gli amministratori non possono assumere nuovi rischi ai sensi dell'art. 2486 c.c. e le azioni di responsabilità esercitate dalle procedure concorsuali si basano sovente sul presupposto di un'avvenuta dimostrazione dell'esistenza di una perdita del capitale in un dato momento anteriore al fallimento e hanno per oggetto la richiesta di un danno tendenzialmente pari all'incremento del netto negativo in concreto verificatosi in tale intervallo temporale. Ciò posto, secondo l'A., «la regola del dovere di assetti adeguati nella s.p.a., come precisata dal disposto dell'art. 2086 c.c., oggi sembra spostare all'indietro quel confine, o comunque modificarne i punti di riferimento, dovendosi integrare il vecchio parametro patrimoniale con uno di tipo finanziario. Invero, risulta indubitabile alla stregua dell'art. 2086, comma 2°, c.c. che gli amministratori devono accertare e rilevare tempestivamente la perdita di continuità, nonché provare subito a porvi rimedio, del tutto a prescindere dall'eventualità che questa si manifesti in una situazione di carenza di patrimonializzazione ovvero sia unicamente legata a un problema di *cash flow*. È pertanto tranquillamente immaginabile che una società pure ben capitalizzata si trovi nella situazione rilevante ai sensi della norma citata, tale da obbligare gli amministratori ad attivarsi senz'altro per trovare una soluzione alla crisi ricorrendo a uno degli strumenti previsti dall'ordinamento. Cosicché ogni comportamento tenuto dagli stessi che sia in contraddizione con l'evidenziato dovere non può che considerarsi *contra legem*: e dunque di per sé produttivo di una responsabilità degli organi sociali per violazione di un obbligo specifico, per fronteggiare la quale nessuna *business judgement rule* potrebbe utilmente invocarsi. E ne deriva che ogni incremento del passivo determinatosi in conseguenza di operazioni incoerenti rispetto a un'ottica di risanamento poste in essere dalla società in un momento successivo a quello in cui la perdita di continuità avrebbe dovuto essere accertata in applicazione del dovere di diligente approntamento e cura di assetti contabili adeguati (secondo quanto precisato sopra), è suscettibile *ex post* di essere addossato agli amministratori».

dente che quella funzionalizzazione porta in sé il germe di una semplificazione o, se si vuole, di un assioma che muove dal fallimento della società per giungere ad un giudizio automatico di responsabilità fondato sulla base della considerazione che, proprio in ragione dell'intervenuto fallimento, gli assetti non sono stati (*recte*, non si sono rivelati) idonei a prevenire la crisi.

Ciò chiarito e tornando al tema generale della responsabilità degli amministratori privi di deleghe, la struttura del giudizio di responsabilità nei confronti degli amministratori privi di deleghe si avvicina, dunque, all'accertamento che il giudice è chiamato ad eseguire per affermare la responsabilità dei sindaci, laddove, ai sensi dell'art. 2407 c.c., si richiede che vi sia la prova: a) della condotta di *mala gestio* da parte degli amministratori; b) dell'omesso o del negligente controllo da parte dei sindaci; c) del danno patrimoniale provocato alla società; d) che, sotto il profilo del nesso eziologico, il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

Così, quel che è stato affermato con riferimento ai sindaci⁷¹ risulta replicabile con riferimento agli amministratori privi di deleghe e precisamente che l'accertamento del nesso causale tra il comportamento illegittimo degli amministratori deleganti e le conseguenze che ne siano derivate, postula la dimostrazione, da parte dell'attore, del fatto che, alla stregua di una prognosi postuma sorretta dal principio della regolarità causale, un diverso e più diligente esercizio della funzione di vigilanza sarebbe stato idoneo ad evitare le conseguenze degli illeciti compiuti dagli amministratori delegati.

Tuttavia, con riferimento alla responsabilità dei sindaci, la giurisprudenza ha, anche recentemente⁷², affermato che la configurabilità dell'inosservanza del dovere di vigilanza imposto ai sindaci non richiede l'individuazione di specifici comportamenti che si pongano espressamente in contrasto con tale dovere, ma è sufficiente che essi non abbiano rilevato una macroscopica violazione o comunque non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità, così da non assolvere l'incarico con diligenza, correttezza e buona fede, eventualmente anche segnalando all'assemblea le irregolarità di gestione riscontrate o denunciando i fatti al pubblico ministero per consentirgli di provvedere ai sensi dell'art. 2409 c.c.

⁷¹ R. CAMPIONE, *L'accertamento del nesso eziologico nel contesto delle azioni di responsabilità*, cit., 108. In giurisprudenza, Cass., 29 ottobre 2013, n. 24362; Cass., 14 ottobre 2013, n. 23233.

⁷² Cass., 3 luglio 2017, n. 16314; Cass., 13 giugno 2014, n. 13517 in *Giur. Comm.*, 2015, II, 935 con nota di R. RUSSO, *La Cassazione insiste: sindaci responsabili (anche) senza specifiche violazioni del dovere di vigilanza*. Si veda, altresì, Cass., 29 ottobre 2013, n. 24362; Cass., 6 settembre 2007, n. 18728 che hanno espresso tali principi in caso di svolgimento, da parte degli amministratori, di un'attività protratta nel tempo al di fuori dei limiti consentiti dalla legge, tale da coinvolgere un intero ramo dell'attività dell'impresa sociale.

Ebbene, ci si può chiedere se il principio ora affermato – con particolare riferimento al rilievo di una macroscopica violazione – sia riproducibile anche con riferimento alla responsabilità degli amministratori non esecutivi. Pur nella problematicità del dubbio espresso, la risposta dovrebbe essere affermativa. Infatti, ciò che vale per coloro che esercitano una vigilanza per così dire esterna rispetto all'organo gestorio deve, a maggior ragione, valere per coloro che quella vigilanza (ancorché con colorazioni diverse) esercitano all'interno dell'organo e che, dunque, proprio in ragione della collocazione del proprio operato, non possono non rilevare una violazione di tal fatta.

In altre parole, la macroscopica violazione segna il confine ultimo oltre il quale, anche per gli amministratori privi di deleghe, non appare configurabile alcuna esimente dall'esercizio dei loro poteri reattivi.

4. Adeguatezza degli assetti e *business judgment rule*

Un passaggio molto delicato quando si discorre di adeguatezza degli assetti amministrativi, organizzativi e contabili e, dunque, della conseguente responsabilità dell'organo gestorio, è costituito dalla possibilità di applicare alla «scelta» organizzativa la regola della *business judgment rule*, problematica, questa, in relazione alla quale occorre svolgere qualche riflessione.

È noto che all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità ex art. 2392 c.c. di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società. Ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione, o le modalità e circostanze di tali scelte, ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità⁷³. La regola della *business judgment rule* esclude che si possa far discendere l'eventuale responsabilità degli amministratori (esclusivamente) dall'insuccesso economico delle iniziative imprenditoriali da questi intraprese, spettando il controllo sull'opportunità e sulla convenienza economica delle decisioni esclusivamente ai soci nei confronti del consiglio di amministrazione e a quest'ultimo, come plenum, nei confronti dei delegati, in quanto trattasi di un controllo in forma di potere di indirizzo,

⁷³ Cfr., per tutte, Cass., 28 aprile 1997, n. 3652.

di condizionamento e anche di contrapposizione antagonista, con la revoca dell'amministratore o della delega, non già di sorveglianza e verifica in funzione di eventuali iniziative sul terreno della responsabilità.

Tuttavia, il principio della insindacabilità delle scelte di gestione non è assoluto, avendo la giurisprudenza elaborato due ordini di limiti alla sua operatività. La scelta di gestione è insindacabile, in primo luogo, solo se essa è stata legittimamente compiuta (sindacato sul modo in cui la scelta è stata assunta) e, sotto altro aspetto, solo se non è irrazionale (sindacato sulle ragioni per cui la scelta compiuta è stata preferita ad altre).

Con riferimento al primo profilo, è stato correttamente affermato che, se è vero che non sono sottoposte a sindacato di merito le scelte gestionali discrezionali, anche se presentano profili di alea economica superiori alla norma, resta invece valutabile la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente – se necessario, con adeguata istruttoria – i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, così da non esporre l'impresa a perdite, altrimenti prevenibili⁷⁴. Si tratta, in concreto, di ripercorrere il procedimento decisionale che l'amministratore ha seguito per il compimento della scelta di gestione verificando, in particolare, se l'amministratore abbia eventualmente omesso le cautele, le verifiche e le informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, avendo riguardo alle circostanze del caso concreto e se dalle premesse siano state ricavate conclusioni che siano con esse in rapporto di coerenza e di congruità logica.

Sotto il secondo profilo tratteggiato («razionalità» della scelta ovvero, per usare la terminologia di altra giurisprudenza⁷⁵, «ragionevolezza» della scelta medesima, ancorché sia lecito dubitare che le due espressioni utilizzate dalla giurisprudenza riflettano, sotto il profilo semantico, effettive differenze), non basta che l'amministratore abbia assunto le necessarie informazioni ed abbia eseguito (attraverso l'uso di risorse interne o di consulenze esterne) tutte le verifiche del caso, essendo pur sempre necessario che le informazioni e le verifiche così assunte abbiano indotto l'amministratore ad una decisione razionalmente inerente ad esse⁷⁶.

Esaminata, in via del tutto generale, la tematica della responsabilità degli amministratori di una società a responsabilità limitata ed indagati il significato ed i limiti della regola della *business judgment rule*, occorre ora esaminare se essa – come detto, «sorta» e sviluppata con riferimento alle scelte imprenditoriali

⁷⁴ In questi esatti termini, Cass., 12 agosto 2009, n. 18231; Cass., 24 agosto 2004, n. 16707; Cass., 27 dicembre 2013, n. 28669.

⁷⁵ Così, infatti, Cass., 22 giugno 2017, n. 15470.

⁷⁶ Trib. Roma, 28 settembre 2015, inedita.

degli amministratori – possa applicarsi alle scelte «organizzative» da essi poste in essere.

Una prima impostazione muove dalla concezione della predisposizione degli assetti come oggetto di un obbligo a contenuto specifico, in quanto espressamente previsto dalla legge, e, dunque, giunge alla conclusione che il giudice, nel sindacare l'adempimento di un siffatto obbligo da parte degli amministratori, dovrebbe compiere uno scrutinio più stringente delle scelte dell'impresa rispetto a quello consentito dalla *business judgment rule*⁷⁷. Il medesimo indirizzo, peraltro, pone l'accento sulla diversità tra una scelta gestoria-imprenditoriale (cui si applicherebbe il principio di insindacabilità della scelta gestoria) e scelta organizzativa (che non sarebbe soggetta a tale principio).

In senso contrario, si è espressa altra parte della dottrina⁷⁸ e la giurisprudenza fino ad oggi edita⁷⁹ le quali hanno evidenziato che gli assetti societari devono essere «adeguati» alla natura ed alla dimensione dell'impresa esercitata e che tale giudizio di adeguatezza implica, di per sé, una certa discrezionalità nella predisposizione degli assetti. In altre parole, se l'obbligo di predisporre un assetto societario può anche essere considerato a contenuto specifico, nondimeno il concreto atteggiarsi di esso non può dirsi predeterminato nel suo contenuto⁸⁰.

⁷⁷ In questo senso, P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi fra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 828; R. SACCHI, *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/2001*, in *Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, a cura di Tombari, Torino, 2013, 304 ss.; ID., *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 304 ss.; C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 643 ss.

⁷⁸ Per questo secondo orientamento, L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 416 ss.; S. FORTUNATO, *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit., 576; G. FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in Di Noia-Bianchini (a cura di), *I controlli societari*, Milano, 2010, 50 ss.; V. CALANDRA BUONAUORA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Costi, IV, 4, VI, Torino, 2019, 300 ss.; M. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2014, 12.

⁷⁹ Si veda, in particolare, Trib. Roma, 8 aprile 2020 (citato alla nota 68) e Trib. Roma, 24 settembre 2020 (citato alla nota 58).

⁸⁰ Così, L. BENEDETTI, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali. In particolare, il principio della business judgment rule applicato alle scelte organizzative degli amministratori*, cit., 287; ID., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit., 425. Nel medesimo senso, V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, cit., 82, i quali notano che il dovere di adeguatezza degli assetti impone una graduazione delle misure organizzative in ragione di un principio di proporzionalità.

Sotto altro profilo, si evidenzia che la funzione organizzativa rientra pur sempre nel più vasto ambito della gestione sociale e che essa deve necessariamente essere esercitata impiegando un insopprimibile margine di libertà, per cui le decisioni relative all'espletamento della stessa vengono incluse tra le decisioni strategiche. D'altra parte, la stessa giurisprudenza di legittimità ha correttamente ritenuto che la regola della insindacabilità delle scelte possa essere applicata nella valutazione dell'utilizzo, da parte degli amministratori, della discrezionalità tecnica di cui gli amministratori godono per valutare le poste di bilancio⁸¹.

In altre parole, la predisposizione di un assetto organizzativo non costituisce l'oggetto di un obbligo a contenuto specifico, ma al contrario, di un obbligo non predeterminato nel suo contenuto, che acquisisce concretezza solo avuto riguardo alla specificità dell'impresa esercitata e del momento in cui quella scelta organizzativa viene posta in essere. E va da sé che tale obbligo organizzativo può essere efficacemente assolto guardando non tanto a rigidi parametri normativi (non essendo enucleabile dal codice un modello di assetto utile per tutte le situazioni), quanto ai principi elaborati dalle scienze aziendalistiche ovvero da associazioni di categoria o dai codici di autodisciplina.

Così, come è stato efficacemente affermato⁸², l'esistenza di un ambito discrezionale entro il quale gli amministratori possono compiere le loro scelte aventi carattere organizzativo deriva dal fatto che il legislatore ha utilizzato come criterio di condotta, a cui essi devono attenersi nella configurazione e nella verifica degli assetti societari, la clausola generale dell'adeguatezza e, dunque, una clausola elastica, al pari, della clausola di diligenza dovuta nel realizzare una scelta imprenditoriale.

In definitiva, la scelta organizzativa rimane pur sempre una scelta afferente al merito gestorio, per la quale vale il criterio della insindacabilità e ciò pur sempre nella vigenza dei limiti sopra esposti e, cioè, che la scelta effettuata sia razionale (o ragionevole), non sia *ab origine* connotata da imprudenza tenuto conto del contesto e sia stata accompagnata dalle verifiche imposte dalla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico⁸³.

⁸¹ Cfr., Cass., 23 giugno 2009, n. 17033 che, in tema di responsabilità degli amministratori per perdite conseguenti allo scioglimento della società *ex art. 2447 c.c.*, si è puntualmente richiamata, per giudicare le appostazioni di bilancio compiute dagli amministratori (rilevanti ai fini della scelta se convocare o meno l'assemblea), alla discrezionalità degli amministratori da sindacare secondo principi di razionalità (caratteristici, appunto, della regola del giudizio imprenditoriale)

⁸² L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, 434. In giurisprudenza, Trib. Roma, 8 aprile 2020 cit.

⁸³ Sulle difficoltà concettuali di distinguere tra scelta gestoria e scelta organizzativa, cfr., S. FORTUNATO, *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit., 576.

L'art. 2409 c.c. e gli assetti organizzativi dell'impresa

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La «residualità» del rimedio di cui all'art. 2409 c.c. – 3. Aspetti della gestione amministrativa: l'omesso accertamento della perdita di continuità aziendale. – 4. Il principio della *business judgment rule* applicato alle scelte organizzative degli amministratori. – 5. Adeguati assetti e *business judgment rule*. – 6. Gli assetti ed il d.lgs. n. 231 del 2001: due facce della stessa medaglia.

1. Introduzione

Ai sensi dell'art. 2409 c.c., se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale oppure il collegio sindacale (settimo comma) possono denunciare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società.

Alla stregua di tale disposizione, il perimetro delle valutazioni demandate al tribunale ed i presupposti per l'accoglimento della denuncia sono: *a)* l'esistenza di fondati sospetti di gravi irregolarità nella gestione derivanti dalla violazione, da parte degli amministratori, dei doveri su di loro gravanti; *b)* il possibile danno alla società o ad una o più società controllate derivante dalle irregolarità nella gestione, con conseguente irrilevanza, pertanto, ai fini della denuncia in questione, dell'eventuale danno arrecato a soci o terzi.

La nuova formulazione della norma, che fa riferimento all'esistenza del fondato sospetto di «gravi irregolarità nella gestione» – a differenza della precedente formulazione dell'art. 2409 c.c., che richiedeva il «fondato sospetto di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci» – consente di affermare come non assuma rilievo qualsiasi violazione di doveri gravanti sull'organo amministrativo, ma soltanto la violazione di quei doveri idonei a compromettere il corretto esercizio dell'attività di gestione dell'impresa e a determinare pericolo di danno per la società amministrata o per le società controllate, con esclusione di qualsiasi rilevanza, invece, dei doveri gravanti sugli amministratori per finalità organizzative, amministrative, di corretto esercizio della vita della compagine sociale e di esercizio dei diritti dei soci e dei terzi estranei.

Le gravi irregolarità, inoltre, come da giurisprudenza assolutamente prevalente devono – oltre che riguardare la sfera societaria e non quella personale degli amministratori – essere attuali, e pertanto nessun provvedimento potrà essere adottato qualora le stesse abbiano esaurito ogni effetto.

Infine, esse devono assumere un carattere dannoso nel senso che deve trattarsi di violazione di norme civili, penali, tributarie o amministrative, capaci di provocare un danno al patrimonio sociale e, di conseguenza, agli interessi dei soci e dei creditori sociali ovvero un grave turbamento dell'attività sociale (cfr. App. Salerno, 19 luglio 2005; App. Venezia, 23 luglio 2014; App. Milano, 29 giugno 2012).

Peraltro, per come evidenziato in diversi precedenti giudiziari, alla luce dell'opzione legislativa per l'atipicità delle irregolarità, il requisito della gravità postula fatti e deficienze non altrimenti eliminabili, concretanti violazioni di legge e, segnatamente, delle norme civili, penali, amministrative e tributarie o dello statuto e – in virtù del richiamo di cui all'art. 2392, comma 1, c.c. – delle regole generali di gestione diligente nell'interesse sociale e in assenza di conflitti di interesse, che si sostanzino in fatti specificamente determinati e ascrivibili agli amministratori.

Al riguardo, non rilevano né il tipo di norma violata né lo stato soggettivo (dolo o colpa) di amministratori e sindaci (come si evince pure dall'abbandono della nozione di “adempimento” di cui alla previgente formulazione), non essendo il procedimento instaurato in seguito a un ricorso presentato ai sensi dell'art. 2409 c.c. direttamente collegato all'esercizio dell'azione di responsabilità.

Peraltro, pur non potendo il giudizio del tribunale basarsi su mere supposizioni e/o su indimostrati rilevi critici, appare sufficiente che sussistano elementi di sicuro affidamento che, pur non assurgendo al livello di prova piena, abbiano tuttavia riscontri obiettivi che vanno al di là del mero sospetto (Trib. Novara, 21 maggio 2012; Trib. Mantova, 9 dicembre 2008).

Quanto al requisito dell'attualità, non rilevano ai fini del procedimento *de quo* vicende societarie ormai esaurite e non ulteriormente produttive di possibili effetti nocivi, non potendosi dar luogo all'intervento dell'autorità giudiziaria quando sia già stato ripristinato l'ordine amministrativo e gli effetti della condotta siano ormai intangibili, come si evince anche dalla previsione di cui all'art. 2409, terzo comma, c.c.

Inoltre, le irregolarità devono essere idonee alla causazione di un danno alla società; al riguardo deve reputarsi sufficiente il mero pericolo di danno futuro, purché patrimonialmente rilevante, alla società; viceversa, eventuali profili di danno ai singoli soci, ai creditori sociali e ai terzi non rivestono alcuna rilevanza ai fini dell'art. 2409 c.c., al pari di denunce pretestuose o dettate da meri motivi di disturbo da parte della minoranza.

Ne consegue che sono irrilevanti le censure attinenti al merito (inteso come opportunità o convenienza) delle scelte gestionali, con due eccezioni: in primo luogo, le scelte palesemente irragionevoli o negligenti, atteso che, come si è detto, il controllo dell'autorità giudiziaria è di legalità e di regolarità della gestione, intesa quale attività materiale e giuridica diretta alla realizzazione dell'oggetto sociale in modo conveniente, cioè tale che la quantità delle risorse complessivamente consumate nella produzione dei beni e dei servizi sia inferiore o corrispondente ai ricavi.

In secondo luogo, il tribunale può sindacare anche il merito delle scelte economiche compiute dagli amministratori in conflitto di interessi, e segnatamente quelle in pregiudizio della società da loro amministrata, ma conformi all'interesse del socio di maggioranza, a condizione che ricorra l'ulteriore presupposto della potenzialità del danno per la società stessa.

In altre parole, il limite derivante dalla c.d. *business judgement rule* non opera laddove si tratti di sindacare non tanto l'osservanza del dovere di diligenza (c.d. *duty of care*) quanto dell'obbligo di fedeltà (c.d. *duty of loyalty*), comunque compreso tra quelli richiamati dall'art. 2409, comma 1, c.c. e sotteso ai precetti normativi in tema di conflitto di interessi.

Sul tema ritornerò in seguito per le necessarie puntualizzazioni.

2. La «residualità» del rimedio di cui all'art. 2409 c.c.

È noto che i soci legittimati a procedere alla denuncia di gravi irregolarità sono normalmente abilitati ad accedere ad ulteriori rimedi per contrastare condotte gestionali irregolari, rimedi che, talvolta, hanno in comune con la prima taluni presupposti o taluni effetti; si pensi, ad es., alla denuncia di fatti censurabili ai sensi dell'art. 2408 c.c., alle azioni di responsabilità nei confronti dei componenti degli organi di gestione o di controllo, alla revoca cautelare degli amministratori di società a responsabilità limitata ai sensi dell'art. 2476, terzo comma, c.c.

Per tale ragione, occorre esaminare il rapporto che intercorre tra i diversi rimedi a disposizione dei soci.

Ciò posto, la denuncia al tribunale non può essere qualificata, in termini rigidi, come rimedio di «ultima istanza», sotto il duplice profilo che, ai fini della possibilità di ricorrere allo strumento di cui all'art. 2409 c.c., da un lato, sarebbe necessario preliminarmente avere esperito ogni altro rimedio concesso dall'ordinamento e, dall'altro, che le gravi irregolarità oggetto della denuncia debbano essere, sotto il profilo ontologico, diverse dai fatti che hanno dato origine (o che possono dare origine) all'attivazione degli altri strumenti rimediali.

Al contrario, in via generale, l'autonomia del procedimento di cui all'art. 2409 c.c. rispetto agli altri strumenti di tutela, endosocietari o giudiziari, previsti dalla

legge contro le irregolarità compiute dall'organo gestorio – autonomia che va in questa sede ribadita – discende direttamente dalla sua stessa natura volta a garantire l'interesse generale alla corretta amministrazione della società (così, già, App. Milano, 18 aprile 1989).

Limitando, per quel che qui interessa, il discorso alle delibere degli organi societari, occorre considerare che le relative impugnazioni possono attenersi a questioni diverse dall'esercizio dell'attività di impresa e non richiedono il danno (attuale o potenziale) alla società, sì da non avere in via di principio alcuna rilevanza ai fini del controllo giudiziario.

Tuttavia, anche in tali casi, i vizi invalidanti potrebbero consistere in violazioni delle regole organizzative e di diritti dei singoli soci o di terzi suscettibili di influire negativamente sulla gestione della società, quantomeno in via potenziale (ad es., in quanto tentano di escludere uno o più soci dalla partecipazione alla vita societaria).

In breve, i vizi di cui possono essere affette le delibere degli organi sociali non sono sempre idonei a configurare gravi irregolarità rilevanti ai fini dell'art. 2409 c.c., ma possono coincidere con tale fattispecie, qualora suscettibili di influire sull'esito della gestione.

In quest'ultima ipotesi, gli stessi fatti costituiscono il presupposto di distinte iniziative giudiziali, aventi finalità ed effetti diversi; le irregolarità che danno luogo a vizi delle delibere societarie possono certamente costituire l'indice rivelatore della volontà del gruppo di comando di una società di estromettere dalla vita sociale altri soci e, comunque, della presenza di ulteriori irregolarità che, proprio attraverso impedimenti alla partecipazione alle assemblee o al controllo degli atti sociali, vengono celati.

Ebbene, proprio alla luce della diversa «natura» e della diversa finalità dei rimedi, il tema del rapporto tra denuncia *ex art. 2409 c.c.* e l'impugnazione delle delibere societarie va risolto in termini di piena «autonomia» del primo istituto rispetto al secondo (e, dunque, di «concorrenza» e non di reciproca esclusione), autonomia che comporta che il giudice chiamato a valutare l'esistenza delle gravi irregolarità nella gestione potrà, incidentalmente, prendere in esame vizi, formali o sostanziali, che afferiscono alle delibere al fine di valutare non già l'atto in sé ovvero la sua eliminazione (che va chiesta attraverso l'impugnazione delle deliberazioni), ma al fine di valutare le ripercussioni di quei vizi sulla corretta gestione societaria.

In questa prospettiva, un bilancio asseritamente illegittimo potrà essere censurato mediante l'impugnazione della delibera che lo ha approvato allorché il socio intenda eliminare quel documento contabile dal mondo giuridico ovvero contestare le singole appostazioni, ma ciò non esclude che il socio, che abbia interesse a valutare l'incidenza dei vizi contabili sulla gestione operativa della società, possa fare ricorso al diverso rimedio di cui all'art. 2409 c.c.

D'altra parte, anche la giurisprudenza di legittimità ha precisato che l'oggetto e gli effetti dell'impugnazione di delibera assembleare di approvazione del bilancio e del procedimento di cui all'art. 2409 c.c. sono differenti e solo parzialmente coincidenti; infatti, nella prima si controverte e si decide, all'esito di un processo a cognizione piena ed esauriente concluso con sentenza idonea al giudicato, della rispondenza del bilancio a chiarezza e del rispetto dei principî di verità e correttezza, posti dall'art. 2423 c.c. e valutati alla stregua dei criteri di cui agli artt. 2423-*bis* ss. dello stesso codice; nel secondo, si accerta sommariamente la fondatezza o meno della denuncia di gravi irregolarità nella gestione della società, nell'interesse esclusivo di quest'ultima, senza statuire definitivamente su diritti soggettivi dei soci o dei terzi (Cass., 29 settembre 1999, n. 10804, secondo la quale, conseguentemente, il giudice dell'impugnazione, seppure può utilizzare per la formazione del suo convincimento le risultanze del procedimento camerale, non può pedissequamente riportarsi agli accertamenti ed alla valutazione in quella sede effettuati per ritenere non veritiero o falso il bilancio e dichiarare la nullità della delibera che lo ha approvato, ma deve procedere ad un accertamento autonomo o comunque ad una valutazione critica degli accertamenti compiuti e dei provvedimenti assunti in sede camerale).

Le gravi irregolarità devono essere attuali nel senso che non è possibile l'intervento del tribunale quando è stato già ripristinato l'ordine amministrativo oppure si siano comunque esauriti i relativi effetti; a tal fine occorre tener presente che non basta, ai sensi del comma 3, la sostituzione degli organi gestori se le irregolarità permangono, in quanto la mera sostituzione non impedisce la instaurazione o prosecuzione del procedimento, ove i nuovi amministratori non si attivino per eliminare le irregolarità medesime.

Le irregolarità, pur attuali, non devono necessariamente procurare anche un danno attuale.

La norma dell'art. 2409 c.c. parla, infatti, di «gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate...», il che sta a significare che queste devono essere tali che possano determinare tanto il concreto e rilevante pregiudizio agli interessi dei soci e dei creditori, quanto il semplice pericolo di danno futuro, purché patrimonialmente rilevante, che comprometta l'interesse alla regolare, tempestiva ed ordinata gestione della società.

La lettera dell'art. 2409 c.c., così come riformato, prevede, inoltre, che il pericolo di pregiudizio sia rilevante, ai fini della denuncia al tribunale, anche quando ricada su una o più società controllate da quella cui si riferisce la presunta gestione gravemente irregolare; in realtà, nonostante l'infelice formulazione, deve ritenersi che il legislatore, nel recepire un sufficientemente consolidato orientamento giurisprudenziale, così come enunciato nella relazione al d.lgs. n. 6 del 2003, abbia voluto estendere espressamente il procedimento di denuncia al tribunale anche alle «irregolarità delle società controllate».

Sono gravi irregolarità casisticamente più ricorrenti quelle in materia di bilancio, come la redazione di bilanci falsi e l'irregolare tenuta della contabilità; l'iscrizione in bilancio di credito relativo a canoni locatizi non pagati dalla società locataria, nonostante le sue gravi difficoltà finanziarie; le annotazioni in contabilità di dati relativi ad operazioni immobiliari non rispondenti al reale contenuto economico-finanziario dell'affare; cancellature sospette ed abrasioni del libro giornale; ritardi nelle annotazioni e vidimazioni annuali; deposito di verbale assembleare di approvazione di un bilancio che, contrariamente al vero, risulta votato all'unanimità dell'assemblea.

Per una migliore comprensione del tema assegnatomi, occorre delineare sia la diligenza che gli obblighi che gli amministratori delle società di capitali sono tenuti ad osservare.

Il primo comma dell'art. 2380-*bis* c.c. testualmente recita: «La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale»; a sua volta l'art. 2086, comma 2, c.c. prevede: «L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

Le norme testé citate sono fondamentali al fine di inquadrare i profili afferenti la diligenza e gli obblighi degli amministratori; da esse si ricavano il principio secondo cui la funzione gestionale della società è di esclusiva pertinenza degli amministratori che hanno il diritto dovere di compiere tutti gli atti necessari per il raggiungimento dello scopo sociale ed il principio in forza del quale gli amministratori devono organizzare una struttura in grado di monitorare costantemente l'equilibrio economico-finanziario della società onde prevenire situazioni che possano determinare la crisi di quest'ultima, il tutto alla stregua del dovere di adottare adeguati assetti organizzativi per il bene della società; l'aggettivo adeguati implica, altresì, una valutazione discrezionale da parte degli organi gestori, in merito al livello di organizzazione da raggiungere: discrezionalità che dovrà essere orientata sulla base dei parametri quantitativi della natura e delle dimensioni dell'impresa.

La centralità dell'operato dell'amministratore si riflette anche sul profilo della fedeltà all'interesse della società da lui amministrata; è suo dovere primario di perseguire tale interesse, sicché ogni sua azione o omissione che sia invece diretta a realizzare un interesse diverso, ed in contrasto con quello, si configura immancabilmente come violazione del dovere di fedeltà immanente alla carica.

In altre parole, l'amministratore ha solo il dovere di gestire l'impresa sociale e, più in generale, di agire con la dovuta diligenza: non ha, al contrario, l'obbligo di amministrare la società con successo economico. Se, quindi, gli amministratori hanno agito con la dovuta diligenza e, malgrado ciò, abbiano scelto di compiere operazioni imprenditoriali che si siano rivelate inopportune, il principio dell'insindacabilità nel merito delle loro scelte comporta che gli amministratori non sono responsabili per gli eventuali danni così arrecati alla società.

La diligenza e gli obblighi degli amministratori se male osservati comportano una responsabilità che estrinseca in una triplice direzione: verso la società (artt. 2392, 2393, 2393-*bis* c.c.); verso i creditori sociali (artt. 2394, 2394-*bis* c.c.); verso i soci ed i terzi (art. 2395 c.c.).

Il titolo delle obbligazioni degli amministratori verso la società deve essere individuato nel rapporto instaurato con la nomina e l'accettazione, si tratta, quale che sia la configurazione che ad esso si voglia dare – mandato, contratto di amministrazione o, preferibilmente, rapporto di immedesimazione organica, di rapporto di natura contrattuale.

In forza di tale titolo si determinano in capo agli amministratori obbligazioni verso la società riconducibili a due categorie: il funzionamento dell'organizzazione; la gestione dell'impresa.

Gli obblighi relativi al funzionamento dell'organizzazione sono relativi a tutti quegli atti di impulso all'operatività degli organi sociali che gli amministratori sono tenuti a compiere per legge o per obbligo statutario.

Ne sono esempi:

- convocazione dell'assemblea *ex* artt. 2446 e 2447 c.c.;
- approvazione di un progetto di bilancio conforme alle disposizioni di legge e convocazione dell'assemblea per l'approvazione del bilancio;
- approvazione e sottoposizione all'assemblea delle situazioni straordinarie quando previste;
- esecuzione delle prescritte pubblicità ed iscrizioni nel registro delle imprese;
- regolare tenuta delle scritture contabili;
- divieto di agire in concorrenza con la società (art. 2390 c.c.);
- divieto di agire in conflitto di interessi con la società (art. 2391 c.c.).

Siffatte obbligazioni sono di risultato, non di mezzi, ed il loro inadempimento può essere causativo di danni alla società (es.: mancata convocazione di assemblea *ex* art. 2447 c.c., mancata iscrizione della causa di scioglimento *ex* art. 2484, comma 1, n. 4 c.c. e responsabilità *ex* artt. 2485 e 2486 c.c.).

Gli obblighi relativi alla gestione, in vista del raggiungimento dello scopo sociale: il compimento di una serie di atti materiali (es.: organizzazione dell'azienda, sua collocazione nello spazio, elaborazione di programmi economici, ecc.)

e di atti giuridici a ciò finalizzati (es. contratti necessari per fornire all'impresa i necessari fattori di produzione; contratti necessari per svolgere in sicurezza l'attività di impresa; assolvimento degli obblighi fiscali, previdenziali, amministrativi).

Particolare rilevanza assume, tra gli obblighi relativi alla gestione, quello di agire con diligenza, desumibile dal disposto dell'art. 2392 c.c., che così prescrive: «Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze».

Quanto agli obblighi che gravano sugli amministratori (ed il cui inadempimento costituisce l'oggetto dell'azione di responsabilità), occorre distinguere tra obblighi gravanti sugli amministratori che hanno un contenuto specifico e già determinato dalla legge o dall'atto costitutivo – tra i quali rientra quello di rispettare le norme interne di organizzazione relative alla formazione e alla manifestazione della volontà della società – e obblighi definiti attraverso il ricorso a clausole generali, quali l'obbligo di amministrare con diligenza e quello di amministrare senza conflitto di interessi.

Mentre per questi ultimi la responsabilità dell'amministratore può essere collegata alla violazione del generico obbligo di diligenza nelle scelte di gestione, sicché la diligente attività dell'amministratore è sufficiente ad escludere direttamente l'inadempimento, a prescindere dall'esito della scelta, rilevante a diversi fini, per gli obblighi specifici, costituendo la diligenza la misura dell'impegno richiesto agli amministratori, la responsabilità può essere esclusa solo nel caso, previsto dall'art. 1218 c.c., quando cioè l'inadempimento sia dipeso da causa che non poteva essere evitata né superata con la diligenza richiesta al debitore.

Al riguardo, gli obblighi possono essere distinti in due tipologie; la prima rappresentata dagli obblighi aventi un contenuto specifico che è stato già predeterminedato dalla legge o dallo statuto, si pensi, per esempio, agli obblighi che incombono sugli amministratori in caso di perdite, e la seconda costituita dagli obblighi che si risolvono nella regola generale di amministrare con diligenza e senza conflitto di interessi, senza tuttavia specificare il comportamento da tenere per gli amministratori.

Nel primo comma dell'art. 2932 c.c. si rinvencono due parametri, il primo dei quali è di natura oggettiva e si riferisce alle caratteristiche della società amministrata (dimensioni, attività svolta, struttura organizzativa) ed alla posizione concretamente assunta all'interno dell'organo collegiale.

Il secondo è di natura soggettiva e stabilisce che il livello di diligenza esigibile da ciascun amministratore è quello correlato alle sue proprie competenze; in questo modo si personalizza il grado di diligenza esigibile in ragione delle cognizioni, esperienze, capacità tecniche e manageriali dei singoli, adeguandolo alle situazioni concrete di talché agli amministratori è richiesto anche di agire con perizia e prudenza.

Gli amministratori hanno con la società un rapporto di immedesimazione organica, che non può essere qualificato né rapporto di lavoro subordinato né un rapporto di collaborazione continuata e coordinata.

Per molto tempo il rapporto tra amministratori e società è stato individuato nel contratto di mandato mentre, forse più correttamente, da ultimo, si ritiene più aderente alla fattispecie tipica il contratto di amministrazione, e cioè un rapporto dal quale scaturisce, per l'amministratore, il dovere di gestire la società come prescritto dalla legge e dallo statuto, e per la società l'obbligo di remunerare l'amministratore per l'opera svolta.

Ne discende che la diligenza richiesta agli amministratori nello svolgimento del loro incarico non è quella del mandatario, ma quella richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze degli amministratori; la responsabilità per culpa in vigilando è circoscritta al dovere di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società nonché di valutare, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione, e di agire in modo informato (art. 2381 c.c.).

Con riferimento alla diligenza giova ricordare che l'art. 1176, comma 2, c.c. norma che regola l'adempimento riferito alle obbligazioni in generale: da contratto (ed è il caso in esame), da fatto illecito o da qualsiasi altro fatto o atto idoneo a produrle.

Il debitore, secondo l'art. 1176, comma 1, c.c., deve adempiere le obbligazioni usando la diligenza del buon padre di famiglia, vale a dire, secondo un parametro universalmente accettato, la diligenza dell'uomo medio.

Non si richiede una diligenza eccezionale ma quella che è solitamente prestata nell'assolvimento delle normali attività della vita e degli impegni: dunque, secondo l'*id quod plerumque accidit* il che si traduce, alla luce dell'art. 2392 c.c., nell'obbligo per gli amministratori di adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze, venendo così meno ogni riferimento alla figura del mandatario e con essa la diligenza del buon padre di famiglia, dovendo, pertanto, applicarsi il secondo comma dell'art. 1176 c.c. che prevede, invece, una diligenza professionale.

Le obbligazioni degli amministratori sono obbligazioni di mezzi e non di risultato, con la precisazione che tali obbligazioni devono essere adempiute con la diligenza esigibile da parte di chi ha assunto il compito di gestire un'impresa significando che le loro scelte devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione.

Alla diligenza così intesa, devono essere associate la prudenza e la perizia.

La prima comporta il dovere di non compiere operazione avventate che nessun imprenditore avveduto porrebbe in essere, mentre la seconda si riferisce alla capacità di gestire un'impresa, tenuto conto delle sue dimensioni e della sua attività specifica.

Infine, l'art. 2392 c.c. esige che gli amministratori agiscano, oltre che con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, anche con quella propria delle loro specifiche competenze, così riferendosi alle cognizioni tecnico-professionali delle quali gli amministratori eventualmente siano portatori ed in virtù delle quali questi ultimi siano stati appositamente scelti, così come previsto, specificatamente, dall'art. 2387 c.c., in relazione al requisito della professionalità.

In ogni caso l'amministratore deve dotarsi della preparazione tecnica adeguata alla carica, o, altrimenti, rinunciarvi, anche se è il maggiore azionista della società, giacché non sono soltanto suoi, ma anche dei creditori e dei terzi in genere, gli interessi in gioco.

Parlando di diligenza e di obblighi degli amministratori appare comunque utile precisare che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione, o le modalità e circostanze di tali scelte, ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità.

Gli amministratori non possono essere ritenuti responsabili per i rischi che l'impresa normalmente corre durante tutta la sua vita, nel senso che ad essi non potrà essere addossato il risultato negativo dell'attività sociale o di singoli atti ad essa correlati, con conseguente insindacabilità delle scelte gestionali (*Business Judgement Rule*).

Il problema del rapporto tra l'ambito operativo del principio della *business judgment rule* e le scelte inerenti gli assetti organizzativi si pone in quanto l'opzione organizzativa rientra nel concetto di gestione societaria, nel senso che l'organizzazione diviene espressione di scelte di fondo di tipo gestionale ed è, a sua volta, funzionale all'adozione di decisioni in grado di orientare, influenzare e dirigere la gestione, anche nel momento di crisi.

È quindi evidente che all'amministratore di una s.p.a. non può essere imputato a titolo di responsabilità *ex art. 2392 c.c.* di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico; ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione, o le modalità e circostanze di tali scelte, ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità.

3. Aspetti della gestione amministrativa: l'omesso accertamento della perdita di continuità aziendale

Il vigente art. 2086 c.c., così come modificato dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, stabilisce che «L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

Tale intervento normativo si inserisce nell'ambito del dibattito dottrinale relativo alla gestione della crisi di impresa ed alla sua correlazione con la *governance* societaria: dibattito che trae origine da due orientamenti collegati tra loro.

In particolare, il primo orientamento – più attento agli aspetti legati alla continuità aziendale ed al suo costante monitoraggio da parte degli organi di gestione e controllo – pone l'attenzione sulle problematiche relative alla portata dei doveri gestionali degli amministratori ed al conflitto che si può generare, nel momento della crisi, tra gli interessi dei soci alla massimizzazione del valore della loro partecipazione e quello dei creditori ad essere soddisfatti, giungendo alla conclusione che la funzionalizzazione di tali doveri rispetto agli interessi dei creditori potrebbe provocare una limitazione della libertà gestionale degli amministratori.

Un secondo orientamento pone maggiormente l'attenzione sulla prevenzione della crisi, attraverso il monitoraggio dell'andamento dell'attività ed un conseguente dovere di pianificazione degli interventi e dei rimedi prima ancora che lo scenario di crisi si manifesti.

Tale percorso evolutivo ha stimolato l'affermazione di un nuovo approccio alla gestione della crisi di impresa, caratterizzato da una progressiva correlazione tra principi di corretta amministrazione, adeguati assetti e monitoraggio della continuità aziendale.

La continuità aziendale, infatti, è la capacità dell'impresa di svolgere la propria attività in un prevedibile futuro; il monitoraggio della continuità aziendale, quindi, consente di accertare precocemente gli indizi iniziali della crisi, ciò al fine di pianificare gli interventi da adottare, già nel momento in cui la continuità inizia ad essere pregiudicata.

Ebbene, la nuova formulazione dell'art. 2086 c.c. va letta alla luce di tale idea di fondo. Ed invero, la previsione di un dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita di continuità aziendale, nonché la previsione di un dovere di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento

per il superamento della crisi, trova la sua *ratio* nella emersione anticipata della crisi e nella predisposizione di un adeguato assetto per tale scopo, attraverso una sempre maggiore attenzione alla continuità aziendale.

La totale assenza di una visione programmatica finalizzata alla soluzione della situazione di crisi e la violazione dell'art. 2086 c.c. (così come modificato dall'art. 375 d.lgs. n. 14 del 2019), non avendo gli amministratori adottato alcuno strumento legale per la gestione della crisi, ma solo una disordinata e pregiudizievole attività di dismissione dei beni, al di fuori di una adeguata cornice procedimentale a tutela del patrimonio della società e dei suoi creditori integra una violazione delle prescrizioni di cui all'art. 2086 c.c.

A ben vedere, in realtà, l'obbligo di adottare adeguati assetti organizzativi non è una assoluta novità, essendo stato introdotto nel codice civile dalla riforma del diritto societario e, secondo alcuni interpreti, potendo essere ricavato anche prima della riforma, quale riflesso del più generale dovere di diligenza, che imporrebbe di dotare la società di un adeguato assetto organizzativo funzionale al fine di garantire corretti processi decisionali e gestionali.

Con la riforma del diritto societario, poi, tale dovere risulta espressamente codificato con l'introduzione dell'art. 2381 c.c., che – in particolare ai commi 3 e 5 – prevede: il consiglio di amministrazione valuta, sulla base delle informazioni ricevute, l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; e gli organi delegati curano che tale assetto sia adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa.

Il legislatore della riforma societaria ha quindi voluto sostituire il generico e problematico dovere di vigilanza sul generale andamento dell'attività con doveri ben specificati ed enucleati in termini di adeguatezza organizzativa, agire informato e rispetto dei principî di buona amministrazione.

Con il recente intervento normativo del 2019, poi, si assiste ad una evoluzione ulteriore sul piano finalistico, in quanto al dovere di adottare adeguati assetti organizzativi viene attribuito uno scopo ben preciso, e cioè di consentire di rilevare tempestivamente la crisi e la perdita di continuità e di attivare tempestivi interventi per adottare gli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità; la finalità è, quindi, duplice: di rilevazione e di intervento ed entrambi devono essere tempestivi.

Tuttavia, pur avendo chiarito la finalità, il legislatore non individua il contenuto degli assetti organizzativi, utilizzando tuttavia l'aggettivo *adeguati*.

Orbene, il concetto di adeguatezza implica la strutturazione di un'organizzazione interna che sia in grado di "adeguarsi" all'andamento dell'attività di impresa e, quindi, alle variazioni del rischio gestionale che questo comporta. Tale strutturazione dovrà, quindi, essere oggetto di continue analisi e verifiche interne.

Oggi, peraltro, dopo l'intervento normativo del 2019, la struttura organizzativa diviene lo strumento operativo attraverso il quale la percezione della crisi arriva agli organi societari, affinché la sua completa conoscenza consenta di predisporre i rimedi più opportuni.

Piuttosto, sembra che le nuove norme escludano ogni competenza assembleare sulla gestione dell'impresa e sull'organizzazione aziendale; la qual cosa era già scontata, per ciò che riguarda la gestione dell'attività produttiva in senso stretto, per la s.p.a. (con il vecchio testo dell'art. 2380-*bis*), ove però sembra oggi impedita anche la possibilità di inserire in statuto norme riguardanti l'organizzazione aziendale in senso proprio.

Le nuove norme costituirebbero invece una grossa novità per la s.r.l., ove la nuova competenza esclusiva degli amministratori sembrerebbe anche entrare in contrasto con la possibilità di attribuire particolari diritti amministrativi *ad personam* a singoli soci (art. 2468, comma 3) o di attribuire competenze gestionali alle decisioni, collettive o collegiali, dei soci (art. 2479); norme che, però, non sono state espressamente abrogate.

Nel decreto correttivo al c.c.i., approvato dal Governo è stato previsto che la competenza esclusiva degli amministratori è circoscritta alla sola definizione degli assetti adeguati, e non anche alla gestione aziendale in senso stretto, per il che nelle s.r.l., potrebbe continuare ad essere demandata, con varie modalità, anche a soci non qualificati come amministratori.

Ma l'aggettivo adeguati implica, altresì, una valutazione discrezionale da parte degli organi gestori, in merito al livello di organizzazione da raggiungere: discrezionalità che dovrà essere orientata sulla base dei parametri quantitativi della natura e della dimensione dell'impresa.

Rientrando, dunque, nell'ambito delle valutazioni discrezionali, è necessario a questo punto domandarsi se il nuovo assetto dei doveri organizzativi introdotto dalla riforma del 2019 (espressamente finalizzati alla tempestiva rilevazione della crisi ed al tempestivo intervento per la sua risoluzione) possa avere riflessi – ed in che termini – sui criteri di valutazione della responsabilità gestoria.

Se è vero, infatti, che la rilevazione della crisi e la sua gestione devono entrare, attraverso l'adeguato assetto organizzativo, nelle funzioni di alta amministrazione e di controllo dell'impresa societaria; è anche vero che la crisi è un riflesso sì patologico, ma non necessariamente colpevole, del rischio insito nella attività di impresa.

Appare, quindi, necessario verificare quale possibile nuova configurazione possano assumere i doveri di condotta degli organi gestori rispetto alla crisi e quale rilevanza possa essere riconosciuta al principio della *business judgment rule* in rapporto alle scelte inerenti gli adeguati assetti organizzativi finalizzati alla prevenzione della crisi, il tutto appunto nella prospettiva dei profili di responsabilità che potranno configurarsi.

4. Il principio della *business judgment rule* applicato alle scelte organizzative degli amministratori

Il problema del rapporto tra l'ambito operativo del principio della *business judgment rule* e le scelte inerenti gli assetti organizzativi si pone in quanto l'opzione organizzativa rientra nel concetto di gestione societaria, nel senso che l'organizzazione diviene espressione di scelte di fondo di tipo gestionale ed è, a sua volta, funzionale all'adozione di decisioni in grado di orientare, influenzare e dirigere la gestione, anche nel momento di crisi.

Come è noto, all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità *ex art.* 2392 c.c. di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società. Ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione, o le modalità e circostanze di tali scelte, ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità (cfr., Cass., sez. I, 28 aprile 1997, n. 3652).

In altre parole, gli amministratori non possono essere chiamati in responsabilità sol perché la gestione dell'impresa sociale ha avuto un cattivo esito.

La valutazione sull'eventuale responsabilità giuridica dell'amministratore non attiene al merito delle scelte imprenditoriali da lui compiute; la sua responsabilità giuridica ben può discendere, però, dal rilievo che le modalità stesse del suo agire denotano la mancata adozione di quelle cautele o la non osservanza di quei canoni di comportamento che il dovere di diligente gestione ragionevolmente impone, secondo il metro della normale professionalità, a chi è preposto ad un tal genere di impresa, ed il cui difetto diviene perciò apprezzabile in termini di inesatto adempimento delle obbligazioni su di lui gravanti.

Non può infatti prescindersi dall'ovvia considerazione che la diligenza è qui espressione del fondamentale dovere di correttezza e buona fede richiamato in termini generali dagli artt. 1175 e 1375 c.c. Nel caso degli amministratori di società, come in tutti i casi di gestione di interessi altrui, tale dovere assume ancor più che altrove i caratteri del dovere di protezione dell'altrui sfera giuridica: il dovere di prendersi cura dell'interesse di colui (individuo o ente) che ha incaricato il gestore dell'amministrazione delle proprie attività e, per ciò stesso, lo ha investito di un compito con indubbie connotazioni fiduciarie (così, in motivazione, Cass. 24 agosto 2004, n. 16707).

L'attività degli amministratori, traducendosi nella gestione di un'impresa commerciale cui è connaturato il carattere professionale dell'esercizio di un'attività economica organizzata (art. 2082 c.c.), assume dunque i colori della professionalità che naturalmente si riverberano anche sul parametro della diligenza.

Quanto appena osservato implica anche, con ogni evidenza, la centralità che nell'operato dell'amministratore assume il profilo della fedeltà all'interesse della società da lui amministrata. È suo dovere primario di perseguire tale interesse, sicché ogni sua azione o omissione che sia invece diretta a realizzare un interesse diverso, ed in contrasto con quello, si configura immancabilmente come violazione del dovere di fedeltà immanente alla carica.

In altre parole, l'amministratore ha solo il dovere di gestire l'impresa sociale e, più in generale, di agire con la dovuta diligenza: non ha, al contrario, l'obbligo di amministrare la società con successo economico.

Se, quindi, gli amministratori hanno agito con la dovuta diligenza e, malgrado ciò, abbiano scelto di compiere operazioni imprenditoriali che si siano rivelate inopportune, il principio dell'insindacabilità nel merito delle loro scelte comporta che gli amministratori non sono responsabili per gli eventuali danni così arrecati alla società (e ciò anche se si tratta di danni che altri amministratori, più competenti, avveduti e capaci, avrebbero con certezza evitato).

Tuttavia, il principio della insindacabilità delle scelte di gestione non è assoluto.

La giurisprudenza ha, infatti, elaborato due particolari limiti. Il primo è che la scelta di gestione è insindacabile solo se essa è stata legittimamente compiuta (sindacato sul modo in cui la scelta è stata assunta); il secondo è che la scelta è insindacabile solo se non è irrazionale (sindacato sulle ragioni per cui la scelta compiuta è stata preferita ad altre).

Con riferimento al primo profilo, è stato correttamente affermato che, se è vero che non sono sottoposte a sindacato di merito le scelte gestionali discrezionali, anche se presentano profili di alea economica superiori alla norma, resta invece valutabile la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente – se necessario, con adeguata istruttoria – i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, così da non esporre l'impresa a perdite, altrimenti prevenibili (in questi esatti termini, Cass. 12 agosto 2009, n. 18231; nella specie, la Corte di cassazione ha confermato la responsabilità degli amministratori di una finanziaria per le ingenti perdite subite dalla società, che ne avevano causato il fallimento: la responsabilità degli amministratori ricorreva non per la violazione di norme di legge o di clausole statutarie, ma per il mancato rispetto di un dovere generale di accuratezza imposto a chi governa un'impresa, avendo gli stessi concesso fidi sprovvisti di alcuna garanzia; ma si veda, altresì, Cass. 24 agosto 2004, n. 16707, nonché Cass. 27 dicembre 2013, n. 28669).

Si tratta, in concreto, di ripercorrere il procedimento decisionale che l'amministratore ha seguito per il compimento della scelta di gestione verificando, in particolare, se l'amministratore abbia eventualmente omesso le cautele, le verifiche e le informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, avendo riguardo alle circostanze del caso concreto e se dalle premesse siano state ricavate conclusioni che siano con esse in rapporto di coerenza e di congruità logica (cfr., Cass. 23 marzo 2004, n. 5718, secondo la quale se anche il giudice non può sindacare la scelta in sé, deve controllare il percorso attraverso il quale essa è stata preferita).

Sotto il secondo profilo tratteggiato, non basta che l'amministratore abbia assunto le necessarie informazioni ed abbia eseguito (attraverso l'uso di risorse interne o di consulenze esterne) tutte le verifiche del caso, essendo pur sempre necessario che le informazioni e le verifiche così assunte abbiano indotto l'amministratore ad una decisione razionalmente inerente ad esse: è stato correttamente osservato in dottrina che l'amministratore che abbia svolto tutte le verifiche necessarie e consultato tutti gli esperti disponibili e, nonostante ciò, effettui una scelta gestionale non razionalmente inerente alle informazioni ricevute e dannose per la società non sarà irresponsabile nei confronti della società, ma, al contrario, doppiamente responsabile, per gli inutili costi dell'informazione e per il danno arrecato.

Ciò posto, è necessario chiedersi se la regola della *business judgment rule*, nata e sviluppatasi con riferimento alle scelte imprenditoriali degli amministratori, possa applicarsi alle scelte «organizzative» da essi poste in essere.

Come già ritenuto da questo Tribunale (cfr. Trib. Roma, 8.4.2020, R.G. n. 8159-1/2017), a tale domanda deve darsi risposta affermativa, partendo proprio dalla formulazione del già citato art. 2381 c.c., che pone a carico degli amministratori il dovere di curare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società.

In tale prospettiva, in estrema sintesi, deve essere evidenziato che la funzione organizzativa rientra pur sempre nel più vasto ambito della gestione sociale e che essa deve necessariamente essere esercitata impiegando un insopprimibile margine di libertà, per cui le decisioni relative all'espletamento della stessa vengono incluse tra le decisioni strategiche.

In altre parole, la predisposizione di un assetto organizzativo non costituisce l'oggetto di un obbligo a contenuto specifico, ma al contrario, di un obbligo non predeterminato nel suo contenuto, che acquisisce concretezza solo avuto riguardo alla specificità dell'impresa esercitata e del momento in cui quella scelta organizzativa viene posta in essere. E va da sé che tale obbligo organizzativo può essere efficacemente assolto guardando non tanto a rigidi parametri normativi (non essendo enucleabile dal codice un modello di assetto utile per tutte le

situazioni), quanto ai principi elaborati dalle scienze aziendalistiche ovvero da associazioni di categoria o dai codici di autodisciplina.

Così, come è stato efficacemente affermato, l'esistenza di un ambito discrezionale entro il quale gli amministratori possono compiere le loro scelte aventi carattere organizzativo deriva dal fatto che il legislatore ha utilizzato come criterio di condotta, a cui essi devono attenersi nella configurazione e nella verifica degli assetti societari, la clausola generale dell'adeguatezza e, dunque, una clausola elastica, al pari, della clausola di diligenza dovuta nel realizzare una scelta imprenditoriale.

In definitiva, la scelta organizzativa rimane pur sempre una scelta afferente al merito gestorio, per la quale vale il criterio della insindacabilità e ciò pur sempre nella vigenza dei limiti sopra esposti e, cioè, che la scelta effettuata sia razionale (o ragionevole), non sia ab origine connotata da imprudenza tenuto conto del contesto e sia stata accompagnata dalle verifiche imposte dalla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico.

5. Adeguati assetti e *business judgment rule*

Acclarata, dunque, la applicabilità della regola della *business judgment rule* anche alle scelte organizzative, appare necessario esaminare il modo di atteggiarsi della regola suddetta con riferimento ai doveri codificati nella nuova formulazione dell'art. 2086 c.c.

Ed invero, un sicuro elemento di novità introdotto dall'intervento normativo del 2019 è rappresentato dal fatto che i doveri degli organi di gestione, che sino ad ora erano stati declinati tendenzialmente nel momento della crisi già in atto, vengono in rilievo già nella fase pre-crisi.

Come già evidenziato, infatti, l'art. 2086 c.c. sancisce il dovere degli amministratori di adottare adeguati assetti organizzativi con la doppia finalità: di rilevazione tempestiva della crisi e di intervento tempestivo al fine del superamento della stessa.

Ci si deve, allora, chiedere se sia configurabile (ed entro che limiti) una responsabilità degli organi di gestione nel caso in cui non sia stata fatta alcuna pianificazione, non vi sia stata alcuna attenzione agli indizi di pre-crisi e non sia stato adottato alcun assetto organizzativo a tal fine ovvero nel caso in cui gli indizi siano stati rilevati e la pianificazione sia stata fatta, ma le scelte organizzative degli amministratori si siano rivelate inefficaci al fine della risoluzione della crisi e si sia, comunque, arrivati al fallimento con danno per i creditori.

Sotto altro profilo, si tratta, quindi, di capire in primo luogo se ed in quali termini possa essere sindacata la scelta di una determinata struttura organizzativa

piuttosto che un'altra, ai fini della rilevazione tempestiva degli indici della crisi e della perdita della continuità aziendale.

In secondo luogo, si tratta di capire se un eventuale deficit organizzativo possa consentire di affermare la responsabilità dell'organo gestorio laddove siano state assunte determinate scelte relative alla pianificazione degli interventi per prevenire la degenerazione della crisi, che poi si siano invece rivelate dannose o fallimentari.

Sotto entrambi i profili (sia quello della rilevazione della crisi, sia quello degli interventi conseguenti), le scelte dell'amministratore – siano esse prettamente gestionali, siano esse di tipo organizzativo – possano essere sindacate nei limiti del principio della *business judgment rule*.

Di conseguenza, mentre da un lato appare certo che la mancata adozione di qualsivoglia misura organizzativa comporti di per sé una responsabilità dell'organo gestorio, dall'altra, si ritiene possibile assoggettare a sindacato giudiziale la struttura organizzativa predisposta dall'amministratore nei limiti e secondo i criteri della proporzionalità e della ragionevolezza (e, precisamente, in questo ambito secondo i criteri della adeguatezza), ciò al fine di verificare se fosse idonea a far emergere gli indici della perdita della continuità aziendale e se la tipologia degli interventi scelta dall'organo gestorio sia ragionevole e non manifestamente irrazionale; è evidente che tale verifica andrà effettuata sulla base di una valutazione *ex ante*, tenendo conto delle informazioni conosciute o conoscibili dall'amministratore, ed a prescindere dai risultati concreti che poi sono stati raggiunti.

Ciò in quanto la responsabilità dell'amministratore presuppone pur sempre una condotta colposa o dolosa.

Nell'ipotesi in cui le condotte contestate siano inquadrabili nell'omesso accertamento della perdita di continuità aziendale, necessiterà indagare se gli amministratori hanno omesso di considerare gli evidenti segnali relativi alla impossibilità di garantire la continuità aziendale della società, come nel caso in cui le entrate generate dall'attività produttiva non erano nemmeno sufficienti a coprire i costi della produzione, né tantomeno a far fronte all'ingente indebitamento della società.

Può quindi concludersi sostenendo che dovrà considerarsi responsabile l'amministratore che ometta del tutto di approntare una qualsivoglia struttura organizzativa, rimanendo inerte di fronte ai segnali indicatori di una situazione di crisi o pre-crisi.

Per contro, non potrà ritenersi responsabile l'amministratore che abbia predisposto delle misure organizzative che, con una valutazione *ex ante*, erano adeguate, secondo le sue conoscenze e secondo gli elementi a sua disposizione, a verificare tempestivamente la perdita della continuità aziendale. Parimenti, non

potrà ritenersi responsabile l'amministratore che, pur avendo tempestivamente rilevato – grazie alla struttura organizzativa predisposta – il venir meno della continuità aziendale, ponga in essere degli interventi che, successivamente si rivelino inutili ad evitare la degenerazione della crisi (ed eventualmente il fallimento della società), qualora tali interventi – sempre sulla base di una valutazione *ex ante* – non risultino manifestamente irrazionali ed ingiustificati.

In ultimo giova evidenziare alcuni effetti sugli assetti organizzativi dell'impresa discendenti dalla crisi socio-economica legata al Covid-19.

L'attuale crisi sanitaria ha posto a confronto due importanti interessi da tutelare: quello relativo alla salute dei cittadini e quello della tenuta socio-economica del paese. Le caratteristiche dell'epidemia in atto fanno sì che il perseguimento dell'uno risulti in contrasto con il perseguimento dell'altro e ha posto il Governo di fronte alla necessità di equilibrarsi tra i due. La forza con la quale la diffusione del virus Covid-19 si è presentata ha portato il sistema sanitario nazionale vicino al collasso, con la conseguenza di indurre il Legislatore a decretare il blocco pressoché totale delle attività economiche e, quindi, volendo sintetizzare, a prediligere la tutela della salute pubblica rispetto alla tutela degli interessi economici.

La diffusione dell'epidemia del Covid-19 ha indotto i Governi ad introdurre delle misure eccezionali allo scopo di tutelare la salute dei cittadini; tali interventi fanno comprendere la profondità e la gravità della crisi stessa da un punto di vista sostanziale.

Molte di queste misure hanno avuto un impatto estremamente negativo sul tessuto economico. In particolare, il blocco della gran parte delle attività economiche e la chiusura dei confini hanno determinato l'insorgere di una crisi finanziaria, economica e patrimoniale tanto rapida quanto profonda.

In un simile contesto, l'adozione degli usuali strumenti di individuazione e contrasto della crisi si sarebbe rivelata del tutto inadeguata ed avrebbe portato inevitabilmente ad un dissesto di proporzioni anche maggiori. Per tale ragione, tra i mesi di marzo e aprile 2020 sono stati emanati alcuni decreti (d.l. 17 marzo 2020, n. 18, "*Cura Italia*" e d.l. 8 aprile 2020, n. 23, "*Liquidità*") che hanno avuto lo scopo e l'effetto di provocare un rinvio formale della crisi.

È fondamentale osservare che gli interventi normativi emergenziali adottati devono essere coniugati con l'art. 2086 c.c. che assume un ruolo di primaria importanza nelle decisioni assunte quotidianamente dagli imprenditori e che impone all'imprenditore, qualsiasi forma esso assuma, di predisporre degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili che risultino adeguati alle dimensioni ed alla natura dell'impresa stessa, atteso che gli assetti organizzativi assurgono a principale strumento per la gestione ed il contrasto della crisi in atto.

Tra le altre disposizioni assunte, risultano in tale contesto particolarmente rilevanti le seguenti:

- sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione: le ingenti perdite registrate dalle imprese nel periodo di chiusura hanno comportato in molti casi una rapida erosione dei patrimoni aziendali; senza una sospensione degli obblighi civilistici di ricostituzione del capitale, per molte di esse si sarebbe giunti ad un'inevitabile chiusura;
- blocco delle procedure concorsuali e moratorie: l'assenza di ricavi, nuovamente generata dal blocco o dal rallentamento dell'operatività ha portato con sé l'impossibilità per molte realtà di adempiere alle proprie obbligazioni: da un lato è stato quindi concesso di usufruire di moratorie per i contratti di mutuo, dall'altro è stata bloccata ogni azione da parte dei creditori aziendali;
- divieto di licenziamento: la più efficace e rapida misura ordinaria di contrasto alla crisi è la riduzione dei costi e, tra questi, di quello del personale dipendente; con la quasi totalità dei settori economici bloccati, il ricorso ai licenziamenti avrebbe con ogni probabilità inondato il mercato del lavoro di disoccupati, con ricadute sociali senza precedenti; la risposta del Governo è stata quella di impedire per legge i licenziamenti, affiancando a questa misura l'introduzione della cassa integrazione a disposizione della quasi totalità delle aziende;
- sospensione della continuità aziendale; la combinazione di erosione patrimoniale e tensione finanziaria avrebbe di certo portato alla perdita del presupposto della continuità aziendale per molte imprese con l'effetto, nuovamente, di portare le stesse alla chiusura; i summenzionati decreti hanno quindi momentaneamente sospeso la verifica del *going concern*;
- rinvio del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prevista per il 2020, l'introduzione del nuovo codice è stata posticipata al settembre 2021 e quindi nuovamente rinviata al 15 maggio 2022.

Gli strumenti di allerta, punti di forza sui quali si è basata la costruzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza con l'ambizioso obiettivo di prevenire le crisi aziendali e permetterne il superamento, avranno una decorrenza ulteriormente differita nel tempo ed entreranno in vigore dal 2024.

Il sistema dell'allerta prevede l'introduzione di una serie di nuovi strumenti e l'adozione di nuovi obblighi che coinvolgeranno molti soggetti: imprenditori, professionisti ed enti pubblici.

A questi soggetti, singolarmente o congiuntamente tra loro, sarà chiesto il monitoraggio dell'andamento delle imprese e l'attivazione tempestiva, alla rilevazione dei primi sintomi di crisi, per la prevenzione della manifestazione dello stato di insolvenza, con lo scopo principale di salvaguardare il valore delle aziende in difficoltà e la tutela dell'occupazione.

Tra gli strumenti dell'allerta rientrano, ad esempio, l'utilizzo di specifici indici ed indicatori della crisi che, applicati ai bilanci aziendali, possono segnalare situazioni di difficoltà, l'ampliamento dell'obbligo di nomina degli organi di controllo a società fino a poco tempo fa esonerate ed obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore.

Con il decreto legge dell'agosto del 2021 viene, di fatto, soppresso l'OCRI (Organismo di Composizione della Crisi d'Impresa) che, costituito presso ogni Camera di commercio, avrebbe dovuto rivestire un ruolo importante nella prevenzione della crisi nell'ambito della riforma in materia.

Questo organismo viene sostituito con l'introduzione a partire dal 15 novembre 2021 della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, che avrà quale principale ente pubblico di riferimento la Camera di commercio presso la quale è iscritto l'imprenditore.

Si tratta di una iniziativa a disposizione di ogni imprenditore in crisi, al quale, su domanda da presentare su una piattaforma telematica nazionale, verrà affiancato un esperto con lo scopo di risanare l'impresa che, pur trovandosi in condizioni di difficoltà finanziarie ed economiche, potrebbe avere le potenzialità per restare sul mercato.

Per l'accesso alla composizione assistita per la soluzione della crisi d'impresa non sono previsti requisiti dimensionali minimi o massimi di accesso perché viene concepita come uno strumento utilizzabile da tutte le imprese iscritte al registro delle imprese, comprese le società agricole.

L'esperto che affiancherà l'imprenditore sarà nominato da una commissione creata presso ogni Camera di commercio, che attingerà da un elenco appositamente costituito dove potranno essere iscritti gli interessati in possesso di appositi requisiti di formazione sui quali il ministero della giustizia emetterà apposito decreto dirigenziale entro 30 giorni.

L'elenco degli esperti per la composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa sarà istituito presso le Camere di commercio e sarà composto da iscritti all'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili o all'albo degli avvocati da almeno cinque anni che possono documentare precedenti esperienze nell'ambito della crisi d'impresa e della ristrutturazione dei debiti o risanamenti aziendali, oltre al possesso dei requisiti formativi che saranno indicati dal ministero.

Con gli stessi requisiti formativi, potranno far parte del predetto elenco anche gli iscritti da almeno cinque anni all'albo dei consulenti del lavoro che documentano di avere concorso, almeno in tre casi, alla conclusione di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di accordi sottostanti a piani attestati o di avere concorso alla presentazione di concordati con continuità aziendale omologati.

6. Gli assetti ed il d.lgs. n. 231 del 2001: due facce della stessa medaglia

La dicotomia tra gli aspetti sanitari e quelli economici non dà luogo a sfere applicative separate e distinte, perché in realtà tali aspetti sono profondamente interconnessi; è questo il motivo per cui gli sforzi profusi verso la ripresa economica contenuti nei più recenti provvedimenti, non possono prescindere dalla salvaguardia della salute e del sistema ospedaliero di conseguenza.

Ecco quindi che il ritorno all'operatività da parte delle imprese deve essere accompagnato dall'adozione di protocolli, misure e procedure atte a contenere la diffusione del virus.

Si tratta quindi di intervenire su un assetto organizzativo. L'analisi di questo aspetto impone di operare un collegamento con il d.lgs. n. 231 del 2001; la norma che tratta della responsabilità amministrativa degli enti, pur essendo datata, è di estrema attualità ed anzi mai come in questo momento risulta essere tanto vicina ad un'adozione diffusa.

Ed in tale contesto deve essere inquadrata l'adozione del Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, siglato dalle Parti Sociali ed il Governo il 14 marzo 2020 ed aggiornato dagli stessi il 24 aprile successivo.

Il documento persegue l'ambizioso obiettivo di coniugare la riapertura delle attività economiche con la gestione della salute pubblica. Si tratta quindi di una serie di procedure e informative che l'impresa ed i lavoratori devono far proprie per poter operare nella fase nella quale continua ad essere presente il virus e non è stato ancora somministrato il vaccino a tutta la popolazione.

Il protocollo non si limita a fornire indicazione circa gli obblighi igienico-sanitari quali il lavaggio delle mani, l'utilizzo di detergenti e di dispositivi di protezione o, ancora, la sanificazione e la pulizia dei locali aziendali, vengono invece anche trattati temi di mera organizzazione aziendale, come, su tutti, l'utilizzo della turnazione, delle ferie e dello *smart-working*.

Si può quindi comprendere come il documento in esame costituisca un esempio lampante di assetto organizzativo che l'imprenditore deve adottare e come la mancata adozione dello stesso possa portare a conseguenze civili e penali anche gravi per l'impresa deficitaria e per chi la amministra.

Da qui l'immediato ed indissolubile legame tra assetti organizzativi e d.lgs. n. 231 del 2001: l'individuazione dei rischi connessi al Covid-19 all'interno dei locali dell'impresa, la corretta implementazione all'interno dell'azienda delle procedure e delle restrizioni previste dal protocollo, la verifica che le stesse vengano rispettate ed il loro costante aggiornamento costituiscono un esimente per i soggetti coinvolti qualora, nonostante tutto, si manifesti comunque un caso di positività; all'inverso, la loro assenza implica l'assunzione di responsabilità da parte dei medesimi soggetti.

L'adozione del protocollo e delle ulteriori disposizioni relative al contrasto dell'epidemia, svolgono una funzione nella gestione della crisi sanitaria ma anche nella gestione di quella economica. Da ultimo, un aspetto positivo dell'introduzione di queste disposizione è di certo quello di far percepire con forza agli imprenditori l'importanza di porre in essere un adeguato assetto organizzativo nell'ambito di prevenzione al Covid-19.

Un'altra tipologia di assetto organizzativo: i *budget* economici e finanziari (i risultati economico-finanziari che l'azienda intende raggiungere; gli obiettivi di gestione da confrontare con i risultati effettivi) costituiscono degli strumenti di gestione e valutazione dei flussi che assolvono spesso alla sola funzione di ottenimento di un prestito.

L'avvento dell'epidemia da Covid-19 ha dato impulso all'adozione su vasta scala di questi budget presentandoli agli occhi degli imprenditori e degli amministratori per quello che sono: degli assetti organizzativi con la funzione di gestire correttamente l'azienda e di individuare, contrastare e superare eventuali situazioni di crisi.

Di fronte al blocco totale delle attività, le aziende si sono trovate di fronte ad una situazione nella quale una parte più o meno consistente dei costi continuava il suo corso naturale e invece dal lato dei ricavi nulla si muoveva e, peggio ancora, nulla poteva essere fatto. L'esperienza, la conoscenza del mercato, l'intuizione che hanno da sempre caratterizzato il piccolo e medio imprenditore italiano si sono rivelate improvvisamente del tutto inutili. Ecco quindi che dalla grande multinazionale alla piccola bottega di paese, tutti si sono dovuti mettere a ragionare sui flussi di cassa, valutando la provvista iniziale, le entrate e le uscite e verificando quali provvedimenti potevano esser posti in essere al fine di mantenere l'equilibrio finanziario.

La presenza di un adeguato assetto organizzativo capace di fornire all'imprenditore una valutazione precisa delle movimentazioni future assume una rilevanza strategica fondamentale perché l'amministrazione della società o dell'impresa deve necessariamente poter contare su una struttura in grado di fornirle una prospettiva attendibile degli andamenti finanziari, economici e patrimoniali onde perseguire programmazione attenta degli impegni assunti in modo da evitare un pericoloso accumulo delle scadenze ed al tempo stesso conseguire positivamente l'obiettivo della continuità aziendale, in conformità ai principî di corretta gestione.

Giova a questo punto richiamare un caso assai eloquente in materia affrontato dal Tribunale di Roma in cui le problematiche erano le seguenti: in un procedimento *ex art. 2409 c.c.*, sussistendo il sospetto di gravi irregolarità gestionali, è stata disposta l'ispezione di una s.p.a., essendo emerso che le contestazioni dei sindaci nei confronti degli amministratori, consistenti nella violazione degli

obblighi previsti dall'art. 2086 c.c. sotto il profilo dell'omissione della rilevazione dell'impossibilità di garantire la continuità aziendale (quali la evidente insufficienza delle entrate a coprire i costi della produzione e l'ingente indebitamento della società) e quello di essere privi di una visione programmatica finalizzata alla soluzione della crisi, omettendo di adottare gli strumenti legali per la gestione della crisi e, per contro, adottando una disordinata e pregiudizievole attività di dismissione di beni, erano fondati.

Attesa la sussistenza di un ingente indebitamento della società persistente da diversi esercizi sociali (pari ad oltre 17 milioni di debiti), il consiglio di amministrazione, dopo avere approvato un piano industriale, basato essenzialmente sulla quotazione in borsa della società e sull'ampliamento dell'emissione obbligatoria, non ha dato seguito a tale iniziativa ed inoltre, con riferimento ad una operazione di conferimento del ramo di azienda relativo alla raccolta pubblicitaria nella società Digital Commerce s.r.l., in cambio del riconoscimento del 30% del capitale sociale, anziché optare per la cessione del ramo di azienda al fine di ottenere la liquidità necessaria per far fronte quantomeno ad una parte dell'ingente debito sociale, ha invece preferito conferire il suddetto *asset* in altra società di capitali, a fronte non di un corrispettivo in denaro, bensì di una partecipazione societaria.

Circa quest'ultima operazione è risultata evidente la potenzialità lesiva di tali condotte avendo la spa perduto la proprietà del ramo di azienda in questione (di cui non era contestata la redditività), a fronte di alcun corrispettivo.

In buona sostanza, l'esigenza di approntare adeguati assetti organizzativi impone di evitare che si incorra in improvvise determinazioni che si possono tradurre in una pericolosissima sponda per aggravare lo stato di crisi stesso, come ad esempio, specialmente in alcuni settori ed in alcune zone del Paese, di indurre nella tentazione di fare ricorso all'illusoria ancora di salvezza rappresentata dallo scellerato *modus agendi* della malavita organizzata; il pericolo tangibile di infiltrazioni mafiose e criminose all'interno delle aziende è assai più concreto per quelle imprese che non hanno potuto accedere in tempo ai finanziamenti o per i quali gli stessi non sono stati sufficienti, o ancora di società già in difficoltà e definitivamente messe in ginocchio dallo scoppio della pandemia e dalla conseguente chiusura delle attività.

Una usuale situazione di dissesto aziendale costituisce un terreno fertile per azioni sconosciute e alle volte anche criminali da parte degli amministratori e di chi orbita nel contesto dell'impresa. Appare quindi di tutta evidenza come la compresenza di una crisi così intensa e globale e dell'eliminazione o sospensione degli usuali strumenti di allerta e contrasto alla stessa, rende l'attuale contesto economico estremamente pericoloso.

L'assetto organizzativo si esplica in questo caso in un insieme di procedure che l'azienda deve predisporre, tali da fornire un presidio verso comportamenti illeciti messi a punto dagli amministratori o dai dipendenti.

Ma, se tale è il quadro sistematico in cui attualmente versa il mondo delle imprese, occorre rimarcare come esso si riflette sulla responsabilità dell'amministratore.

Al riguardo, il principio in forza del quale l'amministratore è tenuto ad adempiere al proprio compito con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico ricevuto, unitamente all'obbligo di dotarsi di assetti organizzativi, conducono alla conclusione che la discrezionalità tipica del ruolo dell'amministratore deve essere circoscritta, sempre e comunque, all'interno dei confini dell'adeguatezza.

In conclusione, in tale ottica, la presenza di adeguati assetti organizzativi non costituisce solo uno strumento per la gestione della crisi o per la sua precoce individuazione, ma è anche un tassello fondamentale per una corretta gestione di ogni aspetto dell'attività aziendale.

La tutela dell'ambiente e gli "assetti adeguati"

SOMMARIO: 1. Tutela dell'ambiente, impresa "sostenibile" e scopo delle società. – 2. Le diverse prospettive di indagine: *compliance*, autonomia statutaria ed *enforcement*. – 3. Funzione di conformità e disciplina della responsabilità da reato. – 3.1. Edificazione del modello esimente e *Linee guida* di Confindustria – 3.2. Elevazione qualitativa degli assetti e risorse disponibili. – 3.3. Assetti adeguati e criterio di proporzionalità: natura e dimensione dell'impresa. – 3.4. Attività pericolose, risarcimento per danno ambientale e barriere legali all'ingresso. – 3.5. Questioni aperte e bilanciamento dei principî: inadeguatezza patrimoniale; responsabilità solidale dei soci "influenti"; controllo giudiziario sulla gestione. – 3.6. Gruppi d'impresa e tutela dell'ambiente – 4. Uno sguardo oltre la *compliance*: autonomia statutaria, codici di autodisciplina ed *enforcement*.

1. Tutela dell'ambiente, impresa "sostenibile" e scopo delle società

Il tema dei rapporti tra la tutela del bene dell'ambiente e l'adeguatezza degli assetti dell'impresa vede una variabile aggiuntiva che si lega al dibattito attuale in ordine allo scopo della società, in cui ci si interroga se sia dato arricchirlo con elementi esterni alla causa lucrativa.

È noto, infatti, come da tempo si discuta se nel nostro ordinamento, al pari e sulla scia di interventi di riforma in Europa – e segnatamente del legislatore britannico (con la *section 172* del *Companies Act*)¹, di quello francese, con la riforma, per certi versi declamatoria², degli artt. 1833 e 1835 *code civil*³, e di quello

¹ Per un recente studio comparatistico, ASSONIME, *Doveri degli amministratori e sostenibilità* (Rapporto 18 marzo 2021 – *Note e Studi* 6/2021), reperibile in http://www.assonime.it/attivita-editoriale/studi/Pagine/Note-e-Studi-6_2021.aspx, p. 54 ss., con le opportune indicazioni.

² Così C. ANGELICI, «Potere» e «interessi» nella grande impresa azionaria: a proposito di un recente libro di Umberto Tombari, in *Riv. soc.*, 2020, p. 24.

³ In tema, M. MAUGERI, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 1006, nt. 46; e cfr. P. CONAC, *Le nouvel article 1833 du Code civil français et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise: constat ou révolution?*, in *Rivista ODC*, 2019, p. 497 ss.; S. SCHILLER, *L'évolution du rôle des sociétés depuis la loi PACTE*, ivi, p. 517 ss.

belga con la riforma del *Code des sociétés et des associations*⁴ – meriti un ampliamento la nozione di società, sì da affiancare allo scopo lucrativo il perseguimento degli interessi dei c.d. *stakeholders*, degli interessi "altri" rispetto a quello dei soci, e tuttavia rilevanti sul piano sociale; interessi, questi, riconducibili come tali, vuoi al movimento della CSR, vuoi, più di recente e proprio con particolare rilievo per la tutela ambientale, a quello dell'ESG.

È quasi banale notare come, ove questa linea riformatrice dovesse trovare attuazione nel sistema italiano, muterebbero non certo marginalmente gli elementi in gioco anche nella valutazione dell'impatto delle iniziative imprenditoriali sull'ambiente, con verosimili ricadute pregnanti pure sui relativi strumenti di tutela.

Il naturale richiamo in materia non può, all'evidenza, che legarsi al tema della "sostenibilità" dell'attività di impresa anche rispetto all'ambiente, e in special modo (richiameremo nel proseguito le ragioni) della grande impresa azionaria, e della ricerca, quindi, di limiti all'agire degli amministratori nel perseguimento dell'oggetto sociale⁵.

Si tratta di un movimento che, com'è parimenti noto, ha ormai saldi agganci normativi, sia al livello di normativa europea, sia per certi aspetti nel tessuto normativo interno.

Sotto il primo profilo, basti ricordare l'*Action Plan* della Commissione UE sulla finanza sostenibile del 2018, come pure il Regolamento 2020/852 del 18 giugno 2020 sulla c.d. *Taxonomy Regulation*, in ordine alla definizione di criteri uniformi di ecosostenibilità⁶, nonché le iniziative della Commissione in materia di governo societario sostenibile avviate nel 2020⁷, e la più recente Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021⁸.

⁴ Cfr. ancora MAUGERI, *Informazione non finanziaria*, cit., p. 1006, nt. 46.

⁵ Per la prospettiva sistematica, cfr. ANGELICI, «Potere» e «interessi», cit., p. 8 s.

⁶ In tema, v., anche per le opportune indicazioni, AA.Vv., *La finanza per lo sviluppo sostenibile. Tendenze, questioni in corso e prospettive alla luce dell'evoluzione del quadro regolamentare dell'Unione europea* (collana *Finanza sostenibile* n. 1), Consob, Roma, 2021, p. 75 ss.

⁷ Si veda la Consultazione pubblica sul governo societario sostenibile del 2021 (v. il report pubblicato sul sito della Commissione UE), prodromica ad una proposta di direttiva in materia della Commissione stessa.

⁸ *Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese (2020/2129(INL))* (per prime indicazioni, M. DI SARLI, *Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese: una risoluzione del Parlamento europeo*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, p. 1555 ss. Per un inquadramento sistematico, da ultimo, F. DENOZZA, *Lo "scopo" della società, tra short-termism e stakeholders' empowerment*, in *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, a cura di C. Costa, A. Mirone, R. Pennisi, P.M. Sanfilippo, R. Vigo, vol. II, tomo I, Giappichelli, Torino, 2021, p. 281 ss.

Con riguardo al diritto interno, al di là della promossa inclusione pure delle «tematiche ambientali» nel c.d. statuto delle imprese (l. 11 novembre 2011, n. 180)⁹, sono ancor più noti gli interventi – a livello di normazione primaria – in attuazione appunto di direttive europee in ordine alla c.d. dichiarazione non finanziaria (DNF)¹⁰, come pure, sotto altro profilo, alla disciplina delle pratiche commerciali ingannevoli (artt. 21 ss., codice del consumo)¹¹; e poi – a livello di fonti private – soprattutto nelle rinnovate edizioni dei codici di c.d. autodisciplina delle società quotate (2020)¹², ma anche nei modelli di definizione delle politiche di *engagement* degli investitori istituzionali¹³, orientati a valorizzare gli investimenti in imprese che siano credibili nelle politiche di sostenibilità sociale, e segnatamente ambientale.

Interventi tutti, questi, che comunicano quantomeno linee tendenziali del sistema, non solo in ordine alla considerazione dell’impatto “sociale” dell’attività di impresa¹⁴, ma anche della meritevolezza, dunque, di assetti organizzativi tesi

⁹ Sul punto, M. LIBERTINI, *Economia sociale e responsabilità dell’impresa*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2013, fasc. 3, p. 33 ss.

¹⁰ E v. ora Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2013/34/UE, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e il regolamento (UE) n. 537/2014 per quanto riguarda la comunicazione societaria sulla sostenibilità, la quale, fra l’altro, prevede l’inclusione, nella relazione sulla gestione, delle informazioni necessarie alla comprensione dell’impatto dell’impresa sulle questioni di sostenibilità, nonché delle informazioni necessarie alla comprensione del modo in cui le questioni di sostenibilità influiscono sull’andamento dell’impresa, sui suoi risultati e sulla sua situazione; obbligo questo da applicare alle imprese di grandi dimensioni, alle piccole e medie imprese quotate a decorrere dal 2026 (art. 19-*bis*) e alle imprese madri di un gruppo di grandi dimensioni (art. 29-*bis*). Per prime indicazioni, M. DI SARLI, *Una proposta di direttiva della Commissione UE in materia di Corporate Sustainability Reporting*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, p. 1561 ss.

¹¹ E v. R. ROLLI, *L’impatto dei fattori ESG sull’impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, il Mulino, Bologna, 2020, p.163 ss., ove riff.

¹² In tema, da ultimo, M. STELLA RICHTER jr., *Profili attuali dell’amministrazione delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2021, I, p. 420 ss.; A. CETRA, P. CUOMO, “*Responsabilità sociale*” e gestione dell’impresa azionaria nel nuovo codice di corporate governance, in *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, cit., vol. II, tomo 1, p. 165 ss.

¹³ E v., pur con rilievi critici circa l’effettivo interesse e capacità degli investitori istituzionali ad orientare una politica gestoria sostenibile in difetto di interventi regolatori pubblici, G. STRAMPELLI, *Gli investitori istituzionali salveranno il mondo? Note a margine dell’ultima lettera annuale di BlackRock*, in *Riv. soc.*, 2020, p. 51 ss., con ampi riff.

¹⁴ Nel dibattito, da ultimo, per la constatazione del mutamento di prospettiva dal piano degli accordi tra gli Stati a quello della valutazione dell’attività dei privati, G. ALPA, *Responsabilità degli amministratori di società e principio di «sostenibilità»*, in *Contr. e impresa*, 2021, p. 721 ss., con l’avvertenza di «esaminare caso per caso come e con quale intensità la società deve porsi nella

a valorizzarne l'emersione nelle scelte gestorie, e così, se si vuole, a minimizzare le esternalità negative dell'attività imprenditoriale sugli interessi "altri" da quelli dei soci, ma appunto parimenti meritevoli di tutela.

Può dirsi, in effetti, come – ancorché il limite dell'*utilità sociale* per l'attività d'impresa fissato dall'art. 41 Cost. non possa di per sé (secondo la lettura più avveduta) concretare limiti all'attività d'impresa che siano immediatamente enucleabili dal giudice, se non nei casi-limite di contrasto con altri valori costituzionalmente sovraordinati¹⁵ – in qualche misura quello stesso limite dell'*utilità sociale* trovi una crescente declinazione da parte del legislatore, non solo direttamente, con gli interventi normativi cui prima si accennava, ma anche indirettamente, e forse ancora più incisivamente, allorché la legge valorizzi le conseguenze dell'adesione spontanea delle imprese a date fonti private (codici di autodisciplina), che, per essere sempre più attente agli obiettivi della *sostenibilità* delle imprese lucrative, abbisognano di una appropriata e non decettiva (per il mercato) attuazione, con una linearità vuoi di comportamenti vuoi di assetti consoni a quegli obiettivi: di tal che sembra ineludibile compito dell'interprete verificare quale armamentario di strumenti di tutela sia attivabile a fronte di condotte e assetti che tradiscano gli enunciati obiettivi di sostenibilità, ed in specie, nel nostro tema, ambientali¹⁶.

2. Le diverse prospettive di indagine: *compliance*, autonomia statutaria ed *enforcement*

In questo quadro, il tema della tutela del bene dell'ambiente coinvolto dall'attività d'impresa mostra, a ben vedere, diverse prospettive sotto cui potrebbe avviarsene l'esame.

Anzitutto, quello della *compliance*, e quindi di come la funzione di "conformità" alle specifiche discipline poste dal legislatore a tutela dell'ambiente venga

cura di singoli aspetti di impatto ambientale e sociale e nel conseguimento dei relativi obiettivi per valutare se possa configurarsi una responsabilità degli amministratori per la carenza di adeguate iniziative nella gestione aziendale» (a 732).

¹⁵ In tal senso, M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 27 s., con indicazioni sulle diverse prospettive emerse al riguardo in dottrina. Ma v. Cons. Stato, Sez. IV, sent. 7 gennaio 2021, n. 172, ove il limite dell'utilità sociale è richiamato con valenza precettiva (e v. *infra*, nt. 60).

¹⁶ Che il giurista debba almeno porsi il problema, rispetto ai "proclami" sull'impresa sostenibile provenienti dagli "ambienti interessati", «degli effetti degli affidamenti che essi generano nei diversi sistemi e se davvero lo "scatolone degli attrezzi" non offra qualcosa in più di quanto comunemente si pensi per coltivare le aspettative o rilevarne il *bluff*, se tale fosse», P. MARCHETTI, *Dalla Business Roundtable ai lavori della British Academy*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 1306.

ad articolarsi nell'organizzazione dell'impresa; funzione, questa, di cui ogni impresa, specialmente alla stregua della sua natura e dimensione, non può naturalmente non dotarsi¹⁷.

In secondo luogo, rispetto agli ambiti dell'autonomia privata, ad andar per così dire *oltre* il mero rispetto della stessa disciplina ambientale, sino ad orientare l'attività d'impresa, vuoi consentendo, vuoi persino imponendo condotte gestorie ed assetti che valorizzino la tutela di quel bene, se del caso anche a scapito del perseguimento dello scopo lucrativo.

È chiaro che l'esame del primo (*compliance*) come del secondo aspetto (autonomia privata) trova nell'*enforcement* l'ineludibile e più complesso piano di osservazione, in una materia in cui la definizione degli strumenti di tutela non appare di certo sedimentata, a fronte di un impianto normativo incentrato maggiormente sulla tradizionale tutela, vuoi per così dire *interna* all'organizzazione, in capo ai soci pregiudicati nel perseguimento dello scopo lucrativo, vuoi *esterna*, ma limitatamente alla tutela dei creditori sociali per condotte gestorie lesive del patrimonio sociale e quindi del soddisfacimento delle relative pretese. Ed è poi quasi banale sottolineare che il tema dell'*enforcement* rispetto alla materia qui in rilievo trova una particolare problematicità nell'individuazione della *legittimazione* ad azionare i rimedi, a fronte dell'impatto ambientale dell'attività imprenditoriale sulle comunità di riferimento, non ricorrendo tipicamente un rapporto contrattuale che la fondi, diversamente dagli altri *stakeholders* (fornitori o lavoratori).

Anche se la tematica va dunque disaggregata rispetto ai due piani richiamati, pure con riguardo alla ricerca degli strumenti di tutela appropriati, un filo rosso sembra legarne gli ambiti: l'esigenza di *effettività* della tutela del bene ambientale. Ed infatti, sia i movimenti normativi nei diversi livelli europei ed interni, sia quelli dell'autodisciplina, spingono senz'altro verso l'emersione di regole di condotte e di organizzazione che, valorizzando linee tendenziali dell'ordinamento come tali meritevoli di tutela, impongono – con diversi accenti a seconda del livello di tutela legale o negoziale – l'adeguatezza degli assetti nella salvaguardia dell'ambiente.

In tale quadro, dovrebbe essere compito dell'interprete scandagliare, per così dire, tutto l'armamentario degli strumenti giuridici offerti dal sistema, atti a minimizzare o quantomeno a disincentivare le *esternalità* prodotte sull'ambiente dall'attività d'impresa, naturalmente nei limiti della compatibilità con le regole

¹⁷ In tema, M.S. SPOLIDORO, *La funzione di compliance nel governo societario*, in *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di G. Rossi (collana della Riv. soc. – MR 33), Giuffrè, Milano, 2017, p. 167 ss.

delle singole forme di esercizio dell'impresa. Sembra invero questa la direzione per riuscire a prendere sul serio quell'esigenza di un quadro normativo efficace ed efficiente che, con formula consueta, le direttive europee richiedono ai legislatori nazionali, nel prevedere sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" per le violazioni delle disposizioni attuative, tipicamente rilevanti nella nostra materia (da quella sulla tutela penale sull'ambiente [2009/123/CE] a quella che, nelle società quotate, ha introdotto la c.d. dichiarazione sul governo societario [2006/46/CE]).

3. Funzione di conformità e disciplina della responsabilità da reato

Volendo limitare una prima analisi al piano della funzione di *conformità*, vengono subito in rilievo alcuni ambiti disciplinari oramai di notevole impatto nella costruzione degli assetti d'impresa.

Sotto il profilo della *compliance*, infatti, è quasi superfluo osservare che tutta la disciplina, di rilievo anche penale, a tutela dell'ambiente costituisca senz'altro un *limite per l'agire gestorio*, e che la stessa reclami l'istituzione di assetti che appunto minimizzino il rischio del pregiudizio agli interessi vuoi collettivi, vuoi privati, legati alla salvaguardia ambientale.

È ben noto come il quadro disciplinare a tutela dell'ambiente abbia trovato rilievo sui profili organizzativi dell'impresa in modo più organico, con la disciplina della responsabilità da reato delle persone giuridiche (d.lgs. n. 231 del 2001), la quale ha poi avuto una notevole estensione dei reati c.d. presupposto anche rispetto alle previsioni incriminatrici a tutela dell'ambiente (con una novella del 2011 che al d.lgs. 231 ha aggiunto l'art. 25-*undecies*)¹⁸.

Con riguardo alla disciplina della responsabilità "amministrativa" dell'ente, pure con riguardo ai reati ambientali può allora ben dirsi che l'*onere* dell'ente nell'approntare i modelli organizzativi, con efficacia esimente ai sensi del d.lgs. 231, rappresenta per gli amministratori senz'altro un *obbligo*. Ed infatti, a fronte di una mancata edificazione del presidio organizzativo l'ente verrebbe ad esporsi – in propagazione della responsabilità penale dei suoi apicali – a sanzioni gravose, pure interdittive, in grado persino di compromettere la stessa sopravvivenza dell'iniziativa imprenditoriale¹⁹. Basti pensare, non solo alle con-

¹⁸ In tema, da ultimo, A. SCARCELLA, M. CHILOSI, *Commento all'art. 25 undecies. Reati ambientali*, in *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza, a vent'anni dalla sua promulgazione. Commentario dir.* da M. Levis, A. Perrini, Zanichelli, Bologna, 2021, p. 862 ss., ove ampie indicazioni.

¹⁹ Da ultimo, v. L.D. CERQUA, D. FONDAROLI, *Commento all'art. 9. Sanzioni amministrative*, in *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza*, cit., p. 333 ss.

seguenze sanzionatorie per la mancata previsione di iniziative riparatorie; ma anche a quelle conseguenze reputazionali legate all'informativa dovuta dagli organi inquirenti alla Procura nazionale antimafia (art. 118-*bis*, comma 1, c.p.p.), quale ulteriore aggravio di disvalore delle condotte incriminate.

Ora, che si tratti di un obbligo per gli amministratori, e non anche di una mera opzione organizzativa per gli amministratori, non pare utilmente discutibile²⁰. E difatti, se l'istituto della responsabilità da reato è posto al fine di incentivare la realizzazione di presidi cautelari atti a minimizzare il rischio del compimento di alcuni reati nell'ambito dell'organizzazione di enti collettivi, esso sottende all'evidenza l'idea che, a fronte dell'irrogazione di sanzioni in capo all'ente per responsabilità da reato, siano in simmetria azionabili misure di reazione previste dall'ordinamento contro quei soggetti che, con le rispettive condotte e in violazione degli obblighi funzionali derivanti dai ruoli organici ricoperti, abbiano finito con l'esporre l'ente a quelle sanzioni.

In uno studio recente, si è tentato di analizzare sotto quali profili sussista un disallineamento tra gli istituti della responsabilità da reato dell'ente e quello della responsabilità civile degli amministratori e dell'ente medesimo²¹.

Anche nella materia dei reati ambientali, così come in generale, non è invero da escludere che, una volta che l'ente sia andato esente da responsabilità da reato – ad esempio perché il reato veniva compiuto con elusione *fraudolenta* del modello organizzativo da parte dell'apicale, e così mandando esente l'ente da responsabilità amministrativa (art. 6, comma 1, lett. c), d.lgs. 231 del 2001) – l'ente stesso possa poi essere coinvolto in responsabilità civile nei confronti delle vittime dei reati.

È difatti nei principî che gli illeciti extracontrattuali dolosi o colposi, compiuti dagli amministratori nell'esercizio delle loro funzioni, anche quando non causino un danno patrimoniale al soggetto amministrato (o addirittura gli procurino un vantaggio), ma determinino un danno a soggetti terzi, comportano comunque – oltre che una responsabilità personale degli amministratori (ai sensi dell'art. 2395 c.c.) – la responsabilità solidale del medesimo ente amministrato per l'illecito compiuto da un proprio organo²²; senza che possa dirsi interrotto il nesso di

²⁰ Sul punto, anche per le opportune indicazioni, si consenta il rinvio a P.M. SANFILIPPO, *Responsabilità da reato ex d.lgs. n. 231 del 2001 nelle imprese del terzo settore versus responsabilità civile degli amministratori: limitate convergenze?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, p. 355 ss. (anche in *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, cit., vol. I, tomo II, p. 827 ss., a 850 ss.).

²¹ Si consenta ancora il rinvio a SANFILIPPO, *Responsabilità da reato*, cit., p. 348 ss.

²² Sul punto, in merito alla sostanziale equivalenza della teorica che vede nella soluzione normativa dell'art. 28 Cost. un principio generale dell'ordinamento, rispetto alla prospettiva dottrinale che

immedesimazione organica da condotte neppure dolose, essendo sufficiente per integrare la responsabilità dell'ente – come insegna la più recente giurisprudenza²³ – un rapporto di "occasionalità necessaria" fra le mansioni dell'agente e la sua condotta.

Anche per altro verso, nella nostra materia, il disallineamento tra responsabilità da reato e responsabilità civile dell'impresa collettiva emerge soprattutto in ragione della selezione dei c.d. reati presupposto, non sempre perspicua in confronto alle figure incriminatrici previste dal codice penale, come pure dal c.d. testo unico dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 – *Norme in materia ambientale*)²⁴. A tale disallineamento, del resto, non potrebbe porsi rimedio facendo leva sul generico richiamo al d.lgs. 231 da parte dell'art. 192, co. 4, t.u.a.: i principî sia di tassatività sia di irretroattività – come già precisato dalla S.C. – precludono la configurabilità di una responsabilità da reato dell'ente, rispettivamente, per reati non tipizzati²⁵, ovvero commessi prima dell'inserimento della fattispecie nel catalogo dei reati-presupposto²⁶.

Naturalmente, la circostanza che il reato ambientale non sia contemplato nel catalogo del d.lgs. n. 231 (o sia stato compiuto prima del suo inserimento) non esclude affatto, né la responsabilità degli amministratori, né quella in solido dell'ente secondo i principî. Rimane ferma, infatti, la legittimazione del Ministero dell'ambiente per la domanda di risarcimento in forma specifica o per il procedimento amministrativo di ingiunzione (artt. 311 ss., t.u.a.); come pure rimangono ferme le tutele azionabili dai privati specificatamente pregiudicati dal compimento di reati, pur non tipizzati nel catalogo del decreto 231 (come, ad

preferisce agganciare la responsabilità alla previsione dell'art. 2049 c.c., v., anche per le opportune indicazioni, M. LIBERTINI, A. MIRONE, P.M. SANFILIPPO, *Gli amministratori di società per azioni. Artt. 2380-2396*, Giuffrè, Milano (in corso di pubblicazione), *sub art.* 2395.

²³ Cfr., più di recente, Cass. civ., sez. un., 16 maggio 2019, n. 13246. E v. anche, Cass. civ., sez. V, 23 maggio 2018, n. 12675; Cass. civ., sez. I, 5 dicembre 2011, n. 25946, in *Società*, 2012, p. 617; Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2007, n. 14675, in *Società*, 2007, p. 1350.

²⁴ Sul punto, SCARCELLA, CHILOSI, *Commento all'art. 25 undecies. Reati ambientali*, cit., p. 869 ss.

²⁵ In tema, anche per indicazioni, C. RUGA VIVA, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronovo, G. De Simone, E. Ginevra, A. Lionzo, D. Negri e G. Varraso, Wolters Kluwer, Milano, 2019, p. 1584 ss. E con riguardo ai mancati aggiornamenti dei richiami del decreto 231 alle novellate previsioni sanzionatorie "spostate" nel codice penale, dal d.lgs. 1° marzo 2018, n. 31, in attuazione del principio della riserva di codice nella materia penale: sul punto, SCARCELLA, CHILOSI, *Commento all'art. 25 undecies. Reati ambientali*, cit., p. 875 ss. e nt. 31.

²⁶ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 24 gennaio 2014, n. 3635; e v. anche, sul punto, F. SBISÀ – E. SPINELLI (a cura di), *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*², Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 252.

esempio, per la fattispecie dell'abbandono incontrollato di rifiuti, o per quella della omessa bonifica); dovendosi, sotto quest'ultimo profilo, poi affrontare il (non facile) tema del coordinamento tra la tutela pubblicistica degli interessi collettivi e quella privatistica²⁷.

3.1. Edificazione del modello esimente e *Linee guida* di Confindustria

L'edificazione del modello esimente rappresenta senz'altro il momento di maggiore criticità nella tenuta della disciplina e della sua efficacia. Comprensibili, dunque, le incertezze della pratica, cui non riesce invero a dare una risposta tranquillante la scelta dell'ente di aderire ai c.d. sistemi di gestione ambientale, pur disciplinati dallo standard internazionale ISO 14001 e dal regolamento comunitario n. 761/2001 (EMAS). Ed infatti, quand'anche l'ente vi aderisca in modo appropriato, ottenendone la "certificazione" da parte di organismi indipendenti²⁸, tali sistemi non sono per definizione in grado di escludere una diversa valutazione discrezionale del giudice sull'effettiva idoneità "esimente

²⁷ Nella dottrina specialistica, v., per un esame critico delle questioni ancora aperte, U. SALANITRO, *Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, 246 ss. (e in *Le parole del diritto. Studi in onore di Carlo Castronovo*, vol. I, Jovene, Napoli, 2018, p. 443 ss.), ove ogni opportuna indicazione anche di giurisprudenza.

²⁸ Sottolineano le *Linee guida* di Confindustria (su cui subito *infra* nel testo): «L'articolo 30, comma 5, del decreto 81 afferma che i modelli di organizzazione e gestione adottati sulla base di alcuni sistemi di controllo del rispetto delle norme in materia di salute e sicurezza dei lavoratori (*Linee guida UNI-INAIL del 2001 o British Standard OH-SAS 18001:2007 o UNI 45001:2018*) si presumono conformi ai requisiti di idoneità ai fini dell'efficacia esimente dalla responsabilità da reato dell'ente.

Questo non significa che il possesso delle certificazioni di qualità indicate dalla norma sia di per sé sufficiente a esonerare l'ente da responsabilità da reato in caso di eventuali infortuni o malattie professionali. L'articolo 6, comma 1, lett. a) del decreto 231, infatti, specifica che il modello idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi non deve essere solo adottato, ma anche efficacemente attuato. Ebbene, come chiarito dalla giurisprudenza, la presunzione di conformità sancita dall'articolo 30, comma 5, decreto 81 del 2008 può coprire la valutazione di astratta idoneità preventiva del modello, non anche la verifica in ordine alla sua efficace attuazione. Quest'ultima non può prescindere dall'osservazione concreta e reale – da parte del giudice – del modo in cui il modello organizzativo è vissuto nell'assetto imprenditoriale, al fine di verificare se il documento in cui esso consta sia stato effettivamente implementato. Le considerazioni che precedono valgono a maggior ragione per gli altri sistemi di gestione aziendale, per i quali la legislazione non prevede alcuna presunzione di conformità. Si pensi, per esempio, ai sistemi certificati da organismi internazionalmente riconosciuti in materia ambientale» (§ 3.1.2, p. 46).

”del modello organizzativo, in concreto realizzato dall'ente stesso²⁹; e ciò, sia per la non sovrapposibilità con i modelli organizzativi richiamati dal d.lgs. 231 (e si pensi alla necessità di integrarli con la previsione di un organismo di vigilanza – OdV), sia e soprattutto per non essere richiamati espressamente dalla disciplina³⁰.

Un contributo senz'altro pregnante alle esigenze della pratica viene peraltro dato, come noto, dalle *Guidelines*, elaborate a cura di Confindustria e di recente aggiornate³¹, le quali, nel soffermarsi sulle singole specificità dei diversi reati-presupposto atti a propagare in capo all'ente la responsabilità da reato, richiamano l'attenzione degli operatori sulle diverse variabili da tener specificatamente in conto nell'istituzione di un modello organizzativo idoneo alla prevenzione dei rischi penali in materia ambientale.

Naturalmente, le indicazioni delle *Linee guida*, pur talora analitiche, non sono ancora una volta in grado di raggiungere un carattere definitivo per la costruzione di un idoneo modello in materia di rischi ambientali, lasciando aperti – come non si dubita nella giurisprudenza anche di legittimità³²

²⁹ Per tale condivisibile prospettiva, sottolineando che, in materia di reati ambientali, a differenza dell'ambito della sicurezza sul lavoro (art. 30, d.lgs. n. 81/2008: v. nt. seg.), non ricorrono riferimenti normativi specifici a tali standard, SBISA – SPINELLI (a cura di), *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 255.

³⁰ Diversamente, rispetto a dati presidi penal-preventivi atti ad ovviare al rischio del compimento dei reati-presupposto, il legislatore talora presume l'adeguatezza se conformi a dati *standard* "tipizzati": così, con riguardo al noto *British Standard*, quale vero e proprio *benchmark* in materia di prevenzione antinfortunistica sul lavoro. Una volta, allora, che l'ente abbia assolto tale standard "tipizzato" (con portata esimente anche solo in presenza di un sistema di gestione certificato *British Standard OSHAS 18001*: cfr. Trib. Catania, sez. IV pen., 14 aprile 2016, n. 2133, in *penalecontemporaneo.it*), che per legge appunto si presume conforme «per le parti corrispondenti» ai requisiti del modello «idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche» (art. 30, commi 1 e 5, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, *t.u. sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*), il giudice penale, pur non vincolato ad una valutazione di idoneità in concreto del modello adottato, avrebbe senz'altro un onere di motivazione per poter giungere alla condanna dell'ente che lo abbia comunque rispettato ed in concreto attuato: in tema, anche per altre indicazioni, V. MONGILLO, *Commento all'art. 30, d.lgs. n. 81/2008*, in *Compliance. Responsabilità*, cit., p. 1639 ss.; F. SBISA-E. SPINELLI, *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 229 ss.

³¹ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo, ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231* (giugno 2021).

³² Cfr., escludendo che l'adesione ai contenuti delineati dai codici di condotta emanati dalle associazioni di categoria ex art. 6, comma 3, d.lgs. 231, costituisca presunzione di idoneità del modello, Cass. pen., sez. V, 30 gennaio 2014, n. 4677: «Il terzo comma del ricordato art. 6 stabilisce

– ampi spazi di discrezionalità nella valutazione giudiziale dell'efficacia esimente del modello³³.

Il richiamo di quelle *Linee* alla costruzione di un modello movendo dalle specificità dei reati-presupposto ambientali colgono, peraltro, la prospettiva del sistema che spinge verso una valutazione in concreto della idoneità del modello. Così, è chiaro che la *mappatura dei rischi* andrà calibrata alle peculiarità della materia e alle tipologie di rischio cui è esposta l'impresa³⁴: dovrà dunque, ad esempio, essere allargata anche al comportamento dei terzi, fornitori di servizi, vuoi a titolo di appalto o di contratto d'opera³⁵ (da coinvolgere pure tramite l'a-

che i modelli organizzativi e gestionali possono (non devono) essere adottati sulla scorta dei codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative, ma, naturalmente, non opera alcuna delega disciplinare a tali associazioni e alcun rinvio *per relationem* a tali codici, che, appunto, possono certamente essere assunti come paradigma, come base di elaborazione del modello in concreto da adottare, il quale, tuttavia, deve poi essere “calato” nella realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione. Il fatto che tali codici di comportamento siano comunicati al Ministero di Giustizia, che, di concerto con gli altri ministeri competenti, può formulare osservazioni, non vale certo a conferire a tali modelli il crisma della incensurabilità, quasi che il giudice fosse vincolato a una sorta di *ipse dixit* aziendale e/o ministeriale, in una prospettiva di privatizzazione della normativa da predisporre per impedire la commissione di reati. – Naturalmente, il giudice non potrà avere come parametri di valutazione suoi personali convincimenti o sue soggettive opinioni, ma dovrà far riferimento – come è ovvio – alle linee direttrici generali dell'ordinamento (e *in primis* a quelle costituzionali: cfr. art. 41 comma terzo), ai principi della logica e ai portati della consolidata esperienza» (in motivazione, § 3.1.). E v. sul punto, anche per altre indicazioni, M. SCOLETTA, *Sub art. 6 – profili penalistici*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 149 ss.

³³ L'avvertenza è comune in letteratura: cfr., con riguardo ai reati in materia ambientale, SBISÀ-SPINELLI, *Responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 254 s.

³⁴ Particolare attenzione viene data ai profili della gestione operativa, ove il modello si cala in concreto nella realtà aziendale; esso quindi dovrebbe « identificare, sulla base delle risultanze dell'analisi dei rischi, opportune misure di prevenzione, protezione e mitigazione dei rischi individuati. Analogamente, assumono rilevanza, ad esempio, tutte le tematiche di gestione dell'eventuale flotta aziendale (veicoli, natanti, aeromobili, etc.), degli impianti contenenti sostanze ozono-lesive, nonché di trattamento e smaltimento dei rifiuti, speciali o anche pericolosi, che vanno disciplinate in specifici protocolli aziendali volti a indirizzare l'operato degli addetti, in linea con l'articolata normativa di riferimento (ad es., rispetto dei vincoli temporali, di volumi e spazi fisici dedicati per gli stoccaggi temporanei dei materiali destinati allo smaltimento; verifiche da implementare sugli accessi delle società-terze addette al trasporto e smaltimento)» (così *Linee guida* Confindustria, cit., p. 57).

³⁵ Viene sottolineato come «in relazione alla valutazione del rischio di commissione del reato da parte di consulenti e partner in genere vanno estese a ogni forma di appalto o contratto d'opera e di servizi, in particolare per le fattispecie degli incidenti sul lavoro e dei reati ambientali, ponendo un'attenzione specifica a eventuali interessi di organizzazioni criminali rispetto all'aggiudicazione di queste gare» (così *Linee guida*, cit., p. 48).

dozione di *codici etici*³⁶), come nel caso del trasporto dei rifiuti³⁷; e, sempre in tale fase della costruzione del modello, andrebbero pure valutati i rischi legati all'impatto ambientale dei singoli prodotti e servizi forniti³⁸.

Ancora, coerente con il sistema appare l'approccio delle ricordate *Linee guida* che segnalano, nella edificazione del modello, appropriati presidi auspicabili e controlli preventivi (anche in sinergia con quelli previsti per la prevenzione di reati di altra natura³⁹) avendo specifico riguardo alle singole fattispecie di reato

³⁶ Si sottolinea: «in relazione alle attività a possibile impatto ambientale, il Codice etico deve enunciare chiaramente l'impegno dei vertici aziendali a rispettare la legislazione in materia ambientale e ad attuare misure preventive per evitare o quantomeno minimizzare l'impatto ambientale. La condivisione di questi valori va estesa anche ad altri soggetti estranei alla compagine aziendale, legati all'impresa da rapporti negoziali, mediante clausole contrattuali specifiche.

In particolare, nel Codice etico l'impresa può proporsi di:

- a. adottare le misure atte a limitare e – se possibile – annullare l'impatto negativo dell'attività economica sull'ambiente non solo quando il rischio di eventi dannosi o pericolosi sia dimostrato (principio dell'azione preventiva), ma anche quando non sia certo se e in quale misura l'attività di impresa esponga l'ambiente a rischi (principio di precauzione);
- b. privilegiare l'adozione di misure atte a prevenire eventuali pregiudizi all'ambiente, piuttosto che attendere il momento della riparazione di un danno ormai realizzato;
- c. programmare un accurato e costante monitoraggio dei progressi scientifici e dell'evoluzione normativa in materia ambientale;
- d. promuovere i valori della formazione e della condivisione dei principi del codice tra tutti i soggetti operanti nell'impresa, apicali o sottoposti, affinché si attengano ai principi etici stabiliti, in particolare quando devono essere prese delle decisioni e, in seguito, quando le stesse vanno attuate» (così *Linee guida*, cit., p. 70).

³⁷ Si pensi, ad esempio, ai reati in materia di gestione non autorizzata di rifiuti (art. 256, d. lgs. n. 152 del 2006), nei casi di mancata valutazione preliminare del committente circa la sussistenza dei requisiti di legge in capo alle imprese potenziali appaltatrici, ovvero di accettazione pedissequa di condizioni economiche di particolare vantaggio, se non addirittura fuori mercato (così *Linee guida* Confindustria, cit., p. 10, che pure sottolineano: «sempre in materia di gestione e smaltimento dei rifiuti, richiedono inoltre particolare attenzione i controlli – sia in fase contrattuale, con il ricorso anche a specifiche clausole cautelative, che in sede di effettiva prestazione – inerenti ai fornitori cui vengono affidate tali attività» [a 58]).

³⁸ Sul punto, cfr. M. SETTIS, *Le ricadute dell'apparato sanzionatorio sul sistema produttivo: aspetti gestionali e modelli organizzativi ex d.lgs. 231/01*, in P. D'AGOSTINO, R. SALAMONE, *La tutela dell'ambiente. Profili penali e sanzionatori*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Cedam, Padova, 2011, p. 947.

³⁹ Ed infatti, viene al riguardo sottolineato: «taluni ambiti di attenzione in materia di tutela dell'ambiente presentano evidenti punti di contatto con analoghe aree di rischio, considerate in un'altra ottica, rilevanti per la salute e sicurezza sul lavoro (ad es. gestione delle emergenze, delle manutenzioni, ecc.). Pertanto, i presidi implementati al riguardo all'interno dell'impresa potranno assumere una valenza sinergica, a copertura di entrambi i profili di attenzione» (così *Linee guida*, cit., p. 58). E pertanto, rispetto ai processi integrati di *compliance*, il richiamo è «ex multis a: d.lgs. n. 231/2001,

ambientale⁴⁰, non potendo la materia volgere ad indebite generalizzazioni. Così, vengono richiamati, quali strumenti di prevenzione, oltre all'appena ricordato *risk assessment*, vuoi congrui interventi di manutenzione degli impianti, vuoi la necessaria presenza di sistemi efficaci nella gestione delle emergenze, vuoi finanche la definizione di criteri di aggiudicazione degli appalti atti ad ovviare ad infiltrazioni della criminalità organizzata, con la previsione di clausole di risoluzione in caso di coinvolgimento in procedimenti penali per reati non solo ambientali ma pure associativi, contro la salute e sicurezza sul lavoro.

Con riguardo all'ampia area dei *delitti colposi*, viene poi opportunamente sottolineata la *due diligence* in caso di acquisizione o cessione di *asset*, come anche la verifica ambientale dei siti oggetto di compravendita ovvero di acquisizione di diritti di godimento; con allora acconce previsioni negoziali in ordine alle eventuali responsabilità ambientali.

Non di minore importanza il richiamo ad una trasparente definizione delle "deleghe" e all'individuazione degli effettivi processi di comando e controllo⁴¹;

d.lgs. n. 231/2007, l. n. 262/2005, d. lgs. n. 81/2008, l. n. 190/2012, le norme per la sicurezza informatica, sugli appalti, quella per l'ambiente. Per essi occorre porre in essere azioni preventive organizzative su: (i) identificazione dei processi relativi agli adempimenti e delle procedure di descrizione delle modalità di esecuzione degli adempimenti e dei responsabili coinvolti; (ii) identificazione dei flussi/informazioni correlati e delle infrastrutture utilizzate, con la valutazione della complessità operativa dei processi allo scopo di valutare il rischio di non conformità che può derivarne e la valutazione dell'efficienza (tempi medi di esecuzione, ricicli su attività, ecc.)» (*ibidem*, p. 42, nt. 14).

⁴⁰ Segnatamente, nel *Case Study* in appendice alle *Linee guida*, a commento delle fattispecie di reato presupposto contemplate dall'art. 25-*duodecies*.

⁴¹ Sul punto le *Linee guida* si soffermano in ragione dell'importanza per l'idoneità del modello: «Con particolare riferimento al tema della delega, occorre considerare che, a differenza della delega di funzioni disciplinata nel Testo Unico in materia di Salute e Sicurezza sul Lavoro, quella "ambientale" non è codificata. Pertanto, è necessario fare riferimento alle pronunce giurisprudenziali, anche di legittimità (v. Cass. pen., sez. III, 12 ottobre 2009, n. 39729), che hanno chiarito la specificità delle delega cd. ambientale rispetto a quella in materia antinfortunistica, prevedendo la necessità che il contenuto della delega sia *chiaro e inequivoco* e si riferisca espressamente alle misure di rispetto della normativa ambientale.

In quest'ottica, la giurisprudenza ammette la validità della "delega ambientale" in presenza delle seguenti condizioni: *i)* specificità e inequivoca indicazione dei poteri delegati; *ii)* dimensioni dell'azienda (in una organizzazione complessa è impensabile non farvi ricorso); *iii)* capacità tecnica e idoneità del soggetto delegato; *iv)* autonomia (gestionale e finanziaria) ed effettivi poteri del delegato; *v)* accettazione espressa della delega.

Peraltro, valgono anche in questo settore i principî elaborati dalla giurisprudenza in relazione alla delega di funzioni: *in caso di carenze strutturali sarà inevitabile il coinvolgimento dei vertici aziendali*, ma al tempo stesso è da escludere che si possa affermare in astratto la responsabilità

alla necessità di competenze legali specialistiche e nella formazione del personale⁴², e, non ultimo, ai sistemi di gestione ambientale certificati da organismi internazionalmente riconosciuti in materia ambientale, ancorché la relativa adozione – come si diceva – non costituisca presunzione della portata esimente del modello in concreto attuato⁴³.

Rispetto a tali indicazioni suggerite dalle *Linee guida*, si può convenire che le stesse, per certi versi, possono assurgere a *standard* normativo di adeguatezza del modello⁴⁴, almeno nella misura in cui siano dotate di un grado significativo

per inosservanza del dovere di controllo, che deve essere verificata in concreto con riferimento all'organizzazione aziendale, al tipo di delega e alla contestazione elevata (così *Linee guida*, cit., p. 55 s., enfasi aggiunte).

Ed ancora: «tutte le deleghe o procure aziendali (comprese quelle in materia antinfortunistica ed in quella ambientale), periodicamente aggiornate alla luce sia delle modifiche normative, che delle eventuali variazioni nel sistema organizzativo aziendale. Sarebbe poi opportuno garantire la *documentabilità del sistema di deleghe*, al fine di rendere agevole una sua eventuale ricostruzione a posteriori» (*ibidem*, p. 53).

⁴² La formazione del personale costituisce momento centrale della costruzione ed efficace attuazione di un modello: «nella formazione e addestramento in tema di reati ambientali siano coinvolti soprattutto i profili professionali che, nello svolgimento delle loro mansioni, siano esposti al rischio di commissione o di concorso nella commissione di un reato ambientale. Agli altri soggetti sarà sufficiente fornire informazioni basilari e di immediata comprensione. Infine, con riferimento ad entrambe le tematiche, particolare attenzione dovrà essere posta alle necessità di aggiornamento delle esigenze formative, rispetto alla modifica delle tecniche/tecnologie utilizzate, sia a fini produttivi che a fini di prevenzione o mitigazione dei rischi individuati» (così *Linee guida*, cit., p. 56). Ed ancora: «la comunicazione ed il coinvolgimento dei soggetti interessati dovrebbero essere realizzati attraverso riunioni periodiche di tutte le figure competenti per la verifica della corretta gestione delle tematiche ambientali, a valle delle quali dovrebbe essere prevista un'adeguata diffusione dei risultati (ad es. prestazioni, incidenti e mancati incidenti ambientali) all'interno dell'organizzazione e, quindi, anche verso i lavoratori» (*ibidem*, p. 57).

Di rilievo anche la relativa documentazione: «per migliorare l'efficienza dei modelli organizzativi richiesti dal decreto 231, sarà importante valorizzare la sinergia con la documentazione (articolata di solito in manuali interni, procedure, istruzioni operative e registrazioni) dei sistemi aziendali in materia antinfortunistica (UNI-INAIL o OHSAS 18001 o ISO 45001), ambientale (EMAS o ISO14001)» (*ibidem*, p. 47).

⁴³ E v. *supra*, in questo §, nel testo e al richiamo della nt. 30.

⁴⁴ Secondo V. SALAFIA, *La responsabilità delle soci alla luce del D.M. n. 201/2003 e delle modifiche al D.lgs. n. 23 1/2001*, in *Società*, 2003, p. 1436, ancorché la positiva valutazione ministeriale dei codici di comportamento (ai sensi dell'art. 6, comma 3, d.lgs. 231), tenuti in conto dall'ente nell'edificare il proprio modello, non sia in grado di vincolare il giudice nell'esprimere il giudizio di idoneità in concreto del singolo modello di prevenzione, «è anche vero che in questo accertamento la suddetta valutazione ministeriale, sulla cui base il modello è stato costruito, rappresenta un'autorevole opinione, che potrà certamente essere *disattesa*, in presenza però di *valide giustificazioni*» (enfasi aggiunte).

di specificità su cautele o presidi organizzativi da realizzare; indicazioni, allora, il cui mancato recepimento nel concreto modello adottato abbisognerebbe di un'adeguata e documentata ragione da parte dell'ente⁴⁵.

Diversi, dunque, i profili che potrebbero al riguardo evidenziarsi⁴⁶, come per la rimarcata esigenza di autonomia dell'OdV⁴⁷.

⁴⁵ In giurisprudenza, nel senso che è da censurare quel modello organizzativo che, inserendo un amministratore come membro dell'OdV, non recepisca la specifica indicazione data al riguardo nelle *Linee guida* di Confindustria, Trib. Napoli, 26 giugno 2007, in *Resp. amm. società enti*, 2007, 4, 163. E cfr. SCOLETTA, *Sub art. 6 – profili penalistici*, cit., p. 148.

⁴⁶ Numerose le iniziative su cui le *Linee guida* richiamano l'attenzione: « – proceduralizzare e monitorare l'attività di valutazione dei rischi ambientali in funzione del quadro normativo e del contesto naturalistico-ambientale sul quale l'impresa insiste; – formalizzare opportune disposizioni organizzative al fine di individuare i responsabili del rispetto della normativa ambientale ed i responsabili operativi per la gestione delle tematiche ambientali, alla luce della valutazione dei rischi di cui sopra; – proceduralizzare e monitorare le attività di pianificazione e consuntivazione delle *spese in campo ambientale*, di qualificazione, valutazione e *monitoraggio dei fornitori* (ad es. i laboratori incaricati della caratterizzazione e classificazione dei rifiuti, dell'esecuzione di prelievi, analisi e monitoraggi ambientali, piuttosto che dei trasportatori, smaltitori, intermediari incaricati della rifiuti gestione dei rifiuti); – assicurare l'aggiornamento del modello alla normativa in materia di reati ambientali, complessa e in costante evoluzione» (p. 55, enfasi aggiunte).

⁴⁷ Con riguardo all'OdV, particolarmente rilevante è il tema dell'*autonomia* dei componenti rispetto ai dirigenti aziendali per l'ambiente: «L'estensione dell'applicazione del decreto 231 ai delitti colposi pone un problema di rapporti tra il piano della sicurezza e della tutela dell'ambiente e quello del modello organizzativo, nonché tra le attività dei soggetti responsabili dei controlli in materia di salute e sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente e quella dell'Organismo di vigilanza. L'autonomia delle funzioni proprie di questi organi non consente di ravvisare una sovrapposizione tra compiti di controllo, che sarebbe quindi tanto inutile quanto inefficace. Così come specificato nel *Case Study*, i diversi soggetti deputati al controllo svolgono i propri compiti su piani differenti. Dall'analisi delle attività si evince che il profilo professionale dell'OdV deve avere una connotazione specialistica, prevalentemente di controllo e presuppone la conoscenza di tecniche e strumenti *ad hoc*, nonché una continuità di azione elevata (così *Linee guida*, cit., p. 76).

Viene del resto sottolineato come sia «ormai copiosa la giurisprudenza in merito, che ha stigmatizzato come inefficace il modello che attribuisca ad esempio al *dirigente del settore ecologia, ambiente e sicurezza* il ruolo di membro dell'Organismo di vigilanza, deputato a vigilare efficacemente sull'adozione delle misure organizzative volte a prevenire infortuni sul lavoro: il fatto che il soggetto operi in settori oggetto delle attività di controllo dell'OdV esclude qualsiasi *autonomia* di quest'ultimo (il soggetto sarebbe chiamato a essere “giudice di se stesso”, per di più dotato di poteri disciplinari, cfr. Corte di Assise di Appello di Torino, sentenza 22 maggio 2013, sent. Thysenkrupp); o ancora laddove il Presidente dell'OdV, sia anche consigliere di amministrazione della società e il collegio integrato dal commercialista di fiducia della proprietà ed un soggetto apicale di una delle aziende del gruppo (Cass. pen., n. 52316/2016, imp. Riva (Impregilo), secondo cui iniziativa e controllo, possono essere ritenuti effettivi e non meramente “cartolari” soltanto ove risulti la non subordinazione del controllante al controllato): *ibidem*, p. 78, nt. 36 (enfasi aggiunte).

3.2. Elevazione qualitativa degli assetti e risorse disponibili

Sembra qui però più utile richiamare l'attenzione su una questione centrale, ma su cui la riflessione degli interpreti può dirsi ancora soltanto avviata: quale sia l'elevazione qualitativa del modello che la funzione di *compliance* dovrebbe garantire.

Aspetto, questo, che naturalmente potrebbe avere particolari ricadute sulla valutazione di conformità dell'ente alla disciplina a tutela dell'ambiente, ma che, all'evidenza, è tema più generale e legato a scelte di vertice che si ritengono proprie dell'ordinamento.

Sin a qual punto, dunque, l'ente dovrebbe investire risorse per soddisfare la funzione di conformità? Qual è, in altri termini, il *rischio accettabile* cui l'ente può essere esposto senza cadere in responsabilità dell'ente stesso e dei suoi organi? E nella materia ambientale, il quesito merita una diversa declinazione?

Se si affronta l'interrogativo in generale, potrebbe anzitutto osservarsi che, limitandosi ad una mera logica economica, il *rischio accettabile* sia da identificare con quel rischio rispetto al quale i costi da sostenere per approntare le misure atte a prevenirlo supererebbero lo stesso valore del bene protetto⁴⁸.

È chiaro, però, che una simile logica risulterebbe inappropriata, allorché siano in gioco beni la cui tutela nell'interesse generale è sancita dalla previsione penale. Sotto questa luce, potrebbe sembrare pertanto senz'altro da condividere quella prospettiva che ritiene non utile discutere se ed in qual misura i presidi vadano edificati là dove sia la legge stessa ad onerare l'ente per andar esente da responsabilità⁴⁹.

⁴⁸ Richiamano la logica economica dei costi, pur senza ritenendola utilizzabile in via esclusiva, le *Linee guida* Confindustria, cit., p. 40.

⁴⁹ Sia in dottrina come in giurisprudenza si conviene che la predisposizione di un modello sia ineludibile «indipendentemente da una valutazione comparativa tra costi-benefici, che non può trovare cittadinanza con riguardo alla prevenzione del rischio di comportamenti illeciti rilevanti ai fini della propagazione della responsabilità dell'ente» (COSÌ N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati di cui al D.lgs. n. 231 del 2001: dall'onere all'obbligo?*, in *Riv. Guardia fin.*, 2019, p. 676, richiamandosi a Trib. Milano, 3 novembre 2010, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 610 ss.).

Nella letteratura aziendalistica, cfr. A. LIONZO, *I modelli di organizzazione, gestione e controllo nel sistema di controllo interno*, in *Compliance. Responsabilità*, cit., p. 311 ss., secondo cui «La funzione di prevenzione dei Modelli 231 è volta a ricondurre i rischi-reato ad un livello *tollerabile*, senza l'ambizione di poterli mai azzerare: errori umani, frodi perpetrate non da un singolo ma da una coalizione organizzata di soggetti, operazioni e attività *una tantum* che non sono logicamente sottoponibili a controlli standardizzati sono esempi di circostanze che possono consentire di aggirare anche i modelli più efficacemente strutturati e implementati» (a 313, primo corsivo aggiunto); e l'accezione di "efficacia", che deve essere propria del modello per avere portata esimente, in

Se si guarda, tuttavia, all'esigenza di un'efficiente applicazione degli istituti configurati dal legislatore, un'altra considerazione dovrebbe imporsi.

Il sistema della responsabilità da reato delle persone giuridiche – come si ricordava prima – è costruito su un meccanismo di incentivi per le imprese ad adottare modelli penal-preventivi; meccanismo, allora, che in tanto potrebbe centrare il suo obiettivo in quanto i presidi richiesti non siano tanto gravosi da compromettere la stessa funzione produttiva dell'ente, sì da disincentivarne inevitabilmente l'edificazione.

Secondo le ricordate *Linee guida* di Confindustria «la soglia concettuale di accettabilità, nei casi di reati dolosi, è rappresentata da un sistema di prevenzione tale da non poter essere aggirato se non *fraudolentemente*⁵⁰; laddove nel caso di delitti colposi verrebbe in rilievo, quale soglia di rischio accettabile, «la realizzazione di una *condotta in violazione del modello organizzativo di prevenzione* (e, nel caso dei reati in materia di salute e sicurezza, dei sottostanti adempimenti obbligatori prescritti dalle norme prevenzionistiche), nonostante la puntuale osservanza degli obblighi di vigilanza previsti dal decreto 231» da parte dell'OdV⁵¹.

Questa prospettiva ha ricevuto decise critiche nella letteratura specialistica, e già rispetto alla precedente versione – *in parte qua* non modificata – di quelle *Linee guida* edite nel 2014, tacciata di esporre al riguardo definizioni soltanto tautologiche. Si è così di contro proposto che, per individuare la soglia *accettabile* di rischio, bisognerebbe aver riguardo alla *dimensione* (anche come articolazione territoriale) e alla *natura dell'attività*, sottolineandosi che l'adeguatezza degli assetti dovrebbe, poi, pur sempre misurarsi nella specie al fine di «garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge» (art. 7, comma 3, d.lgs. 231). In questa prospettiva, pertanto, «la quantità/qualità di misure di controllo andrà considerata in funzione della *probabilità di verifica*zione del comportamento criminoso oltreché dal potenziale *impatto dell'evento sull'economia dell'ente*⁵².

Ora, tale proposta ha senz'altro il pregio di sottolineare che il rischio accettabile non potrebbe misurarsi «in funzione di un calcolo di convenienza che pone

economia aziendale attiene al grado di raggiungimento di risultati (*a posteriori*) rispetto ad un obiettivo (fissato *ex ante*), e dunque, nella nostra materia, in un livello soddisfacente di risultato raggiunto (attuazione di regole idonee alla prevenzione) rispetto all'obiettivo della mitigazione ad un livello ritenuto *tollerabile* del rischio-reato (cfr. S. CORBELLÀ, *L'adozione ed efficace attuazione del modello*, in *Compliance. Responsabilità*, cit., p. 315 ss.).

⁵⁰ Così *Linee guida* Confindustria, cit., p. 40 (enfasi aggiunte).

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Così P. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 165 s. e nt. 23 (enfasi aggiunte).

da un lato i costi di protezione del bene giuridico tutelato dalla disposizione penalistica e dall'altro lato l'interesse sociale»; e che l'obiettivo rispetto al quale andrebbe invece definito è quello di una «*minimizzazione di un rischio probabile*»⁵³. Essa, peraltro, non riesce a focalizzare ancora sino a quale livello tale minimizzazione debba spingere l'ente ad investire risorse sui presidi che, allora, potranno dirsi realizzare assetti adeguati dell'impresa.

Del resto, anche la richiamata lettera della disciplina della responsabilità da reato non sembra dirimente. Dire, come è scritto nel decreto 231, che vanno previste dal modello «*misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge*» (così art. 7, comma 3), invero, non implica che un ente, che sia privo di risorse sufficienti per l'edificazione di un modello per lo svolgimento dell'attività produttiva «*nel rispetto della legge*», possa poi comunque svolgere l'attività fornendosi di un qualsivoglia modello che sia compatibile con le sue risorse; non significa escludere che, per l'ordinamento, senza l'adeguato supporto dei costi per erigere un modello idoneo allo svolgimento di un'attività «*nel rispetto della legge*», quell'attività non dovrebbe potersi esercitare.

E peraltro, a ben pensare, proprio la fattispecie (richiamata dalle *Linee guida* di Confindustria) dell'«*elusione fraudolenta*» del presidio cautelare da parte dell'agente – che di per sé manda esente l'ente da responsabilità (art. art. 6, comma 1, lett. c), d.lgs. 231) – sembra comunicare come, per lo stesso legislatore, non si possa in sede applicativa pretendere che l'*idoneità* del modello implichi l'edificazione di presidi atti a prevenire *in via assoluta* il compimento dei reati-presupposto, e, dunque, che il modello per dirsi idoneo debba financo raggiungere standard tanto elevati quanto inaccessibili, sì da disincentivarne in definitiva l'adozione.

3.3. Assetti adeguati e criterio di proporzionalità: natura e dimensione dell'impresa

Nella ricerca del contenuto giuridico degli *assetti adeguati* di cui debba dotarsi l'impresa, anche al fine di prevenire esternalità negative sull'ambiente, l'indagine sembra da orientare – quale concetto giuridico indeterminato, e movendo dagli illuminanti spunti della relazione di Mario Libertini – costruendone

⁵³ *Ibidem*. In tema, v. anche M. PANSARELLA, *I limiti del CSRA nelle mappature dei reati*, in *Resp. amm. società enti*, 2006, n. 4, p. 153 ss., ove si sottolinea come rilievo determinante per valutare i rischi da abbattere assuma l'impianto sanzionatorio, di tal che a fronte di sanzioni interdittive «la cui rilevante incidenza sull'attività aziendale ha come conseguenza quella di dover ritenere qualsiasi rischio connesso a queste sanzioni come un rischio assolutamente da "evitare" o altrimenti da "ridurre" con idonee misure di controllo volte a riportare il livello di probabilità prossimo allo zero» (a 160).

razionalmente il contenuto sulla base dei principî presenti nell'ordinamento, che richiedono poi tipicamente un bilanciamento in base ad un *criterio di proporzionalità*, sì da poter meglio definire quale principio sia destinato a prevalere e quale a soccombere.

Ora, se si considera come nella nostra materia possano ben emergere situazioni di conflitto in concreto tra i principî, per un verso, della libertà d'impresa e, per altro verso, della tutela di valori costituzionalmente sovraordinati, quali la salvaguardia dell'ambiente, che in quanto tali concretano per l'autonomia imprenditoriale il limite dell'utilità sociale (art. 41, comma 2°, Cost.), la via migliore per pervenire ad un'appropriata definizione di qual sia il livello minimo a cui debba porsi l'*adeguatezza* degli assetti appare quella di un accorto (ed invero non semplice) uso del criterio di proporzionalità. Criterio, questo, che anche il legislatore sembra aver fatto proprio allorquando impone espressamente all'impresa di adottare la "*migliore tecnologia disponibile*" per limitare gli effetti di una certa fonte di inquinamento (d.P.R. 24 maggio 1988, n. 203, in materia di inquinamento dell'aria)⁵⁴, ma poi definisce tale "migliore tecnologia" come «sistema tecnologico adeguatamente verificato e sperimentato che consente il contenimento e/o la riduzione delle emissioni a livelli *accettabili* per la protezione della salute e dell'ambiente, *sempre che l'applicazione di tali misure non comporti costi eccessivi*» (art. 2, comma 7, d.P.R. n. 203 del 1988, cit.)⁵⁵.

⁵⁴ E v. M. LIBERTINI, *Responsabilità d'impresa e l'ambiente*, in *La responsabilità dell'impresa. Convegno per i trent'anni di Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 222 s., ove si ricorda che «un limite generale all'azione pubblica limitativa della libertà d'impresa, ancorché ispirata a fini di tutela ambientale, è dato dal principio di proporzionalità», che può valere anche «come criterio valutativo di norme di condotta di per sé legittime».

⁵⁵ E v., sviluppando tale impianto normativo, le definizioni nel testo unico dell'ambiente delle «migliori tecniche disponibili (*best available techniques* – BAT): la più efficiente e avanzata fase di sviluppo di attività e relativi metodi di esercizio indicanti l'idoneità pratica di determinate tecniche a costituire, in linea di massima, la base dei valori limite di emissione e delle altre condizioni di autorizzazione intesi ad evitare oppure, ove ciò si riveli impossibile, a ridurre in modo generale le emissioni e l'impatto sull'ambiente nel suo complesso. Nel determinare le migliori tecniche disponibili, occorre tenere conto in particolare degli elementi di cui all'allegato XI. Si intende per:

¹⁾ tecniche: sia le tecniche impiegate sia le modalità di progettazione, costruzione, manutenzione, esercizio e chiusura dell'impianto;

²⁾ disponibili: le tecniche sviluppate su una scala che ne consenta l'applicazione in condizioni economicamente e tecnicamente idonee nell'ambito del relativo comparto industriale, prendendo in considerazione i costi e i vantaggi, indipendentemente dal fatto che siano o meno applicate o prodotte in ambito nazionale, purché il gestore possa utilizzarle a condizioni ragionevoli;

³⁾ migliori: le tecniche più efficaci per ottenere un elevato livello di protezione dell'ambiente nel suo complesso» (art. 5, comma 1, lett. *I-ter*), t.u.a.). E v. anche art. 78-*septies*, t.u.a., ove si richiama «la migliore tecnica disponibile *che non comporti costi eccessivi*».

Se si segue dunque il criterio di proporzionalità, a ben vedere, il giudizio circa la diligenza nella scelta del modello "idoneo" alla prevenzione dei reati-pre-supposto, anche in materia ambientale, dovrebbe potersi diversamente declinare, anzitutto, a seconda, sia della *natura* dell'ente (scopo lucrativo o ideale dell'ente), sia delle sue stesse *dimensioni*.

Sotto il primo aspetto, infatti, se potrà dirsi accettabile esigere da un ente *lucrativo* una certa e, se del caso, anche severa compressione del livello dei profitti in funzione del necessario approntamento dei presidi penal-preventivi, in quanto pur sempre "sostenibile" dall'ente⁵⁶, appunto secondo un principio di proporzionalità, potrebbe al contrario apparire sistematicamente ingiustificata la pretesa che un ente *non-profit* debba assegnare risorse all'edificazione di quei presidi in misura tale da precludere, in definitiva, all'ente stesso lo svolgimento della propria attività per esserne compromesso l'equilibrio economico e finanziario⁵⁷.

Quanto, poi, al *profilo dimensionale*, va richiamato come sia la stessa disciplina della responsabilità amministrativa dell'ente a calibrarsi in modo minimale, proprio nei presidi organizzativi, in presenza di un "ente di piccole dimensioni", al quale soltanto è consentita la mancata istituzione dell'organismo di vigilanza (art. 6, comma 4, d.lgs. 231)⁵⁸. Di tal che, anche il profilo dimensionale potrebbe

⁵⁶ In generale, con riguardo ai doveri degli amministratori di società lucrativa, nel senso che la questione aperta più problematica «si pone nella ricerca del punto di equilibrio tra profitto e sostenibilità», assumendo che la stessa sia affidata «non alla *business judgment rule* ma in ogni caso ad un criterio elastico, modulare, insuscettibile di schemi rigidi, retto dal principio di proporzionalità, valutabile in termine di *ragionevolezza economica, adeguatezza istruttoria e trasparenza informativa*», da ultimo, P. MONTALENTI, *La società per azioni: dallo shareholder value al successo sostenibile. Appunti*, in *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, cit., vol. II, tomo II, p. 686.

⁵⁷ Nel senso che lo scopo non lucrativo dovrebbe essere preso in considerazione «per enucleare, secondo il canone di adeguatezza, opportuni modelli organizzativi», F. D'ARCANGELO, *Fondazioni e associazioni nel disegno sistematico del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2017, p. 83 s.; seguito da R. LOTTINI, *La responsabilità da reato degli enti: natura e principi generali*, in *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 2854; e si veda anche, volendo, SANFILIPPO, *Responsabilità da reato*, cit., p. 343 ss.

Sulle peculiarità, in punto di equilibrio economico-finanziario, delle imprese sociali rispetto a quelle lucrative, v., nella letteratura economico-aziendale, A. COSENTINO, *L'economia della gestione degli enti del terzo settore. Prime riflessioni*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 40 ss., 62 ss., 122 ss.

⁵⁸ Sulle criticità interpretative dei modelli organizzativi negli "enti di piccole dimensioni", anche rispetto alla difficoltà di configurare modelli "idonei" in presenza di una identificazione tra controllore e controllato, sia ancora con riguardo all'individuazione di un adeguato sistema disciplinare ex art. 6, comma 2, lett e), d.lgs. 231, v. F. CERQUA, in Aa.Vv., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Utet, Torino, 2010, p. 139 ss. Per alcune proposte operative tese a superare tali criticità, G. LASCO, in *Enti e responsabilità da reato. Commento al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, Torino, 2017, *sub* art. 6, p. 100 ss.

giocare nel senso di una minore esigibilità qualitativa degli *standard* del presidio da adottarsi⁵⁹.

In questa prospettiva, pure nella giurisprudenza amministrativa, il profilo dimensionale viene in rilievo. Appare difatti pregnante l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato in una recente pronuncia⁶⁰, rispetto al contenzioso sorto in ragione di provvedimenti di ingiunzione di bonifica a carico di *Fiat s.p.a.* per gli effetti dell'inquinamento emersi dopo decenni su un sito di sua proprietà, nel quale, dopo un primo stoccaggio di carcasse di automezzi da dismettere a seguito dell'evento alluvionale di Firenze degli anni '60, venne accertato esser stati abbandonati successivamente altri rifiuti ad opera di terzi estranei. Ora, nella disciplina relativa all'inquinamento originato dall'abbandono di rifiuti, il proprietario è responsabile là dove gli si possa imputare un comportamento negligente o doloso, anche per omessa vigilanza, nell'ambito del dovere di custodia *ex art. 2051 c.c.*, che consente tuttavia la prova liberatoria in presenza di caso fortuito, da intendersi per la giurisprudenza in senso ampio, comprensivo anche del fatto del terzo. Ebbene, nel caso *Fiat* il Consiglio di Stato enuncia un principio diverso: movendo in una logica propria del criterio di proporzionalità, si assume

⁵⁹ Nel senso che l'adozione di un modello di compliance di una grande impresa «nell'ambito di una società più contenuta potrebbe considerarsi addirittura inadeguato (ovviamente per eccesso) alla luce di quel rapporto tra costi-benefici che è e deve essere alla base delle scelte gestorie», S. FULCO, M. VENTORUZZO, *Responsabilità civilistiche dei componenti gli organi di amministrazione e controllo e funzione di compliance*, in *La corporate compliance*, cit., p. 347 ss., spec. 361 s.

⁶⁰ Cons. Stato, Sez. IV, sent. 7 gennaio 2021, n. 172 (*Comune di Torino c. Fiat Chrysler Automobiles N.V.*, già *Fiat s.p.a.*), ove di rilievo è il *dictum* del supremo giudice amministrativo (in linea con la pronuncia dell'Adunanza Plenaria, 22 ottobre 2019, n. 10: in *Quaderni amministrativi*, 2020, n. 2, pp. 56-71, con nota di D. MINELLI *Danno ambientale e obblighi di bonifica: la responsabilità della società incorporata*; anche in *Riv. giur. europea*, 2020, fasc. 1, pp. 53-66, con nota di M. PEDERSOLI, *La responsabilità ambientale della società incorporante incolpevole tra applicazione del principio del "chi inquina paga" e tendenze verso forme di responsabilità oggettiva*), a fronte della difesa di *Fiat* circa l'inapplicabilità retroattiva della norma sul divieto di discarica di rifiuti in area privata e sulla responsabilità del proprietario (art. 192 t.u.a.), in ordine alla configurabilità dell'illecito ambientale, pur al di là di specifiche previsioni del legislatore ordinario: «L'ambiente, infatti, è oggetto di protezione costituzionale diretta (art. 9) ed indiretta (art. 32), in virtù di norme non meramente programmatiche, ma precettive, che, pertanto, impongono l'iscrizione all'area dell'illecito giuridico di ogni condotta lesiva del bene protetto, tanto più se posta in essere: – nello svolgimento di attività già per loro natura intrinsecamente pericolose; – nell'ambito di un'iniziativa imprenditoriale, che, in quanto costituzionalmente conformata dal canone del rispetto della "utilità sociale"(art. 41), è *inter alia* vincolata alla salvaguardia della salubrità dell'ambiente, la cui compromissione è evidentemente contraria alla "utilità sociale". Pertanto, il danno all'ambiente (inteso quale diminuzione della relativa integrità, anche mediante l'immissione, il rilascio o l'abbandono di sostanze non bio-degradabili) deve ritenersi *ab imis* ed *ab origine* ingiusto».

che vada verificata in concreto l'esigibilità da parte del proprietario di un servizio di vigilanza teso ad ovviare all'abbandono di rifiuti da parte di terzi; di tal che, ove il proprietario sia una grande impresa, l'omessa adozione di misure pur costose viola l'obbligo di custodia esigibile proprio in ragione delle dimensioni e delle risorse disponibili⁶¹.

3.4. Attività pericolose, risarcimento per danno ambientale e barriere legali all'ingresso

Se si guarda, peraltro, al contesto sistematico in cui si cala la specifica disciplina della responsabilità per danni ambientali, sembra possibile compiere un ulteriore passo in avanti nella definizione degli assetti idonei nella materia della tutela dell'ambiente.

È noto, in particolare, che la disciplina sul risarcimento per danno ambientale ponga un vero e proprio spartiacque tra le c.d. *attività pericolose* (tassativamente individuate nell'allegato 5 del testo unico dell'ambiente), da un lato, e quelle che non sono definite tali dal legislatore, dall'altro⁶².

Soltanto per le attività pericolose per la salute e per l'ambiente, invero, l'ordinamento configura – sulla scia di precise scelte europee – una forma di *responsabilità oggettiva (strict liability)*, per la quale appare dunque irrilevante il grado di diligenza impiegato dall'operatore (*i.e.*, soggetto che esercita il controllo sull'attività economica) al fine di ovviare al danno, di tal che, in presenza degli altri presupposti, l'impresa è destinata a soccombere a fronte dell'azione di risarcimento in forma specifica promossa dal Ministero dell'ambiente (art. 311, comma 2, 1° periodo, t.u.a.), Per le altre attività, al contrario, la disciplina configura la responsabilità secondo il criterio di imputazione sogget-

⁶¹ Significativo il punto della relativa motivazione: «Tuttavia, non può ritenersi inesigibile l'impegno di custodia dell'area richiesto ad un'impresa delle dimensioni della Fiat al fine di evitare il sorgere o l'aggravamento di un danno ambientale, sicché era certamente ascrivibile alla stessa un onere di vigilare e di apprestare strumenti utili ad evitare che sull'area di proprietà fossero sversati e abbandonati rifiuti in quantità tale da costituire una seria minaccia per la salute pubblica. – In altri termini, è condivisibile quanto affermato dal primo giudice che, trattandosi di soggetto "economicamente forte", era soggettivamente esigibile dalla Fiat l'adozione di misure costose, per cui deve ritenersi caratterizzata da colpa, integrando quindi un'ipotesi di responsabilità soggettiva e non oggettiva, l'inerzia dimostrata dall'impresa nel non essersi adoperata con mezzi efficaci per evitare il ripetersi di episodi persistenti nel tempo e già conosciuti».

⁶² Per un'indagine sistematica, cfr. U. SALANITRO, *Impatto ambientale dell'impresa e regole economiche della responsabilità*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi* (Atti del 9° Convegno nazionale della Società italiana degli studiosi di diritto civile, in ricordo di Giovanni Gabrielli), Esi, Napoli, 2015, p. 203 ss., con le opportune indicazioni.

tiva, potendosi integrare soltanto nel ricorrere del dolo o della colpa (art. 311, comma 2°, 2° periodo, t.u.a.)⁶³.

Se si considerano, allora, le gravose conseguenze cui l'impresa è esposta in caso di accertata responsabilità ambientale in ragione dello svolgimento di *attività pericolose*, potendo le relative sanzioni persino comprometterne la stessa sopravvivenza, sembra di poter ritenere senz'altro esigibile in capo all'ente e ai suoi organi il dovere di edificare i *migliori presidi preventivi possibili* per le attività indicate dalla legge come "pericolose", che in tanto potranno far conseguire "assetti adeguati" in quanto presentino gli *standard più elevati*, secondo le conoscenze consentite dalla migliore tecnica disponibile. La soglia di *rischio accettabile*, a fronte di attività che la legge qualifica come fonte di maggiori rischi per la salvaguardia ambientale, va pertanto per così dire schiacciata, se non anche azzerata, in considerazione dell'esposizione dell'ente ad una responsabilità di natura oggettiva.

Se si conviene su una tale conclusione – se si vuole rigorosa, ma che il movimento internazionale sull'economia "sostenibile" sembra poter esigere da un ordinamento giuridico evoluto – dovrà pure riconoscersi che le risorse necessarie per prevenire ogni rischio rilevante in attività pericolose, particolarmente inquinanti per l'ambiente, assurgano, in definitiva, a vere e proprie *barriere legali* all'ingresso delle imprese nel mercato in cui quelle attività si intendano esercitare⁶⁴.

Per le altre attività, quelle "non pericolose", dovrebbe invece tornare appropriato il richiamo alla *sostenibilità* del modello rispetto alle risorse dell'ente, non potendosi esigere che venga compromessa la *funzione produttiva* dell'ente stesso per l'edificazione di presidi i cui costi risulterebbero eccessivi rispetto, vuoi alla dimensione, vuoi alla natura dell'impresa⁶⁵. Prospettiva, questa, che

⁶³ Sulle ragioni di *efficienza* di tale scelta legislativa, che riserva la responsabilità oggettiva alle attività più rischiose, ove tipicamente le misure preventive possono essere assunte esclusivamente dal soggetto che le eserciti, e che invece applica la responsabilità per colpa per le altre attività, senza così precludere l'innovazione, pur dissuadendo i progetti socialmente negativi, v. ancora SALANITRO, *op. ult. cit.*, p. 213 ss.

⁶⁴ La tassatività dell'elencazione delle attività pericolose contenute nell'all. 5 del t.u.a., soggette come tali ad un regime di responsabilità oggettiva, trova anch'essa una ragione di *efficienza*, giacché consente all'impresa di valutare *ex ante* i rischi cui si espone nell'attività, anche nella prospettiva di delimitare da parte dell'imprenditore l'ambito di operatività in ragione del rischio di insolvenza a fronte dei danni che ne dovessero derivare (cfr. SALANITRO, *op. ult. cit.*, p. 205).

⁶⁵ Se si ha riguardo, in generale, alla nozione di interesse sociale (oggetto di un dovere di perseguimento da parte degli amministratori: in tema, per tutti, V. CALANDRA BUONAUURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Trattato di diritto commerciale* fondato da V.

dovrebbe risultare apprezzabile, non solo sul piano delle (richiamate) logiche della responsabilità da reato, ma anche con riguardo alle funzioni non meramente compensative, ma anche deterrenti della responsabilità civile.

3.5. Questioni aperte e bilanciamento dei principi: inadeguatezza patrimoniale; responsabilità solidale dei soci "influenti"; controllo giudiziario sulla gestione

Se quindi una società che intenda programmare l'esercizio di attività *pericolose* (per legge) non potrà che disporre delle risorse sufficienti ad edificare presidi idonei secondo la migliore tecnica disponibile, nel difetto di quelle risorse si apriranno una serie di questioni giuridiche di non agevole soluzione, giacché legate in vertice a profili ancora non sedimentati in diritto societario, e che qui possono soltanto richiamarsi.

Così, a fronte, di una ben ipotizzabile *sottocapitalizzazione materiale*, che lasci la società priva della possibilità di supportare i relativi costi, sorgerebbe subito il problema di qual sia la condotta al riguardo dovuta dagli amministratori. Se, in particolare, debba essere fatto loro carico dell'avvio di quelle proposte deliberative che consentano il superamento della scarsità dei mezzi propri, grazie al reperimento delle risorse all'uopo necessarie, ad esempio mediante la ricapitalizzazione della società; o se, anche, sia loro dovere lasciare inattuato l'oggetto sociale che contempra attività pericolose i cui rischi la società non sarebbe in grado di prevenire adeguatamente; o se, ancora, possa sussistere anche una responsabilità deliberativa dei soci stessi, che non assentendo agli ulteriori necessari apporti, abbiano comunque indotto gli amministratori a condotte lesive dei terzi.

Quesiti, questi, a cui l'interprete, al di là delle incertezze sistematiche sulla predicabilità di una responsabilità dei soci (quantomeno di controllo) a fronte di un'inadeguatezza patrimoniale della società partecipata⁶⁶, potrebbe e dovrebbe

Buonocore, dir. da R. Costi, Giappichelli, Torino, 2019, p. 290 ss.), va riconosciuto che rimanga essenziale «l'efficienza produttiva dell'impresa, senza la quale nessun interesse può comunque essere soddisfatto» e che essa «debba costituire tutt'ora il minimo comune denominatore: tale efficienza, dunque, non può che costituire il parametro necessario per verificare la legittimità di eventuali scelte che siano del tutto incompatibili con esigenze di efficienza produttiva» (così M. LIBERTINI, in *Lo statement della Business Roundtable sugli scopi della società. Un dialogo a più voci*, a cura di A. Perrone, in *Rivista ODC*, 2019, p. 589 ss., a 614).

⁶⁶ Basti richiamare la nota e autorevole prospettiva teorica che non esclude la configurabilità della responsabilità dei soci a fronte di una sottocapitalizzazione materiale "manifesta" della società: e v. G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, dir. da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 1**, Utet, Torino, 2004, p. 3 ss., spec. 112 ss. E v. ora, nella giurisprudenza di merito, ma senza pregnanti aperture, Trib. Milano, sez. spec. impresa

dare risposte più condivise, valorizzando proprio l'apertura che una clausola generale, come quella degli assetti adeguati, prospetta rispetto ad un argomentare per principi⁶⁷.

In questa logica, dovrebbe essere maggiormente apprezzabile quella via ermeneutica che tenti di dare migliore *effettività* alla sovraordinazione del bene giuridico ambientale rispetto a quello dell'autonomia imprenditoriale, tutte le volte in cui quest'ultima si ponga in insuperabile contrasto con la tutela del primo, per come declinato dal legislatore in attuazione del principio costituzionale (art. 41, comma 2°, Cost.).

In tal senso, a fronte di una *forte* presa di posizione dell'ordinamento che lega ad alcune attività conseguenze risarcitorie slegate dal criterio di imputazione soggettivo, l'interprete dovrebbe poter valorizzare quegli istituti del diritto societario generale che in sé offrono tecniche di tutela che possono rilevarsi ben funzionali a dare *effettività* alla primaria salvaguardia del bene ambientale e della salute collettiva.

Così, anche se rimane non agevole dire in che misura il profilo dell'adeguatezza patrimoniale sia fonte di responsabilità civile vuoi per gli amministratori vuoi per i soci, altre vie potrebbero essere più proficuamente percorse, meritando più attente riflessioni l'applicazione alla nostra materia di istituti di cui qui non può che darsene una prima rassegna.

Con riguardo, anzitutto, al dovere degli amministratori di sottoporre all'assemblea dei soci le apposite modificazioni statutarie tese ad adeguare l'organizzazione alla *mission* che la società intenda affrontare nel mercato, nonostante un possibile impatto ambientale significativo per la collettività, dovrebbe meglio ragionarsi se la adeguatezza degli assetti sia soltanto quella a livello dell'organizzazione aziendale, o se invece debba allargarsi anche alla struttura patrimoniale e alle articolazioni organizzative e delle competenze degli organi sociali⁶⁸. Una lettura non asfittica della clausola generale sugli assetti dovrebbe invero poter aprire alla configurazione di doveri degli amministratori e degli organi di

B, 3 dicembre 2019, in *Giur. it.*, 2020, p. 2708 ss., con nota adesiva di E. FREGONARA.

⁶⁷ Per teoria generale, cfr., anche per le necessarie indicazioni, M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Rivista ODC*, 2018, n. 2.

⁶⁸ Per il sistema, appare significativa la disciplina regolamentare Consob per l'ammissione al segmento STAR, alla cui stregua gli amministratori possono, motivando, comunicare, in relazione all'informazione sul governo societario, i profili rispetto ai quali verranno sottoposte all'assemblea le relative modificazioni statutarie. Cfr., in tema, M. STELLA RICHTER jr., *Scelta del sistema di amministrazione e valutazione dell'assetto organizzativo nelle società azionarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, p. 495 ss.

controllo che responsabilizzi i soggetti cui è demandato il governo dell'impresa alla migliore attuazione della funzione di conformità rispetto alle discipline ambientali con riguardo all'intera organizzazione societaria, senza necessariamente sfumarne ruoli e attenuarne ingiustificatamente responsabilità sotto lo schermo delle diverse competenze riservate, in date materie, pur cruciali per la migliore definizione quegli assetti, all'organo assembleare.

Ancora, guardando alle categorie del diritto delle società di capitali, bisognerebbe interrogarsi se possa integrarsi una causa di scioglimento per l'impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale (art. 2484, comma 1°, n. 2, c.c.), ove quest'ultimo, attenendo ad attività per legge qualificate *pericolose* per l'ambiente, non sia (più) *giuridicamente* conseguibile in difetto degli idonei presidi preventivi che la società non abbia alcuna possibilità economica di edificare⁶⁹; in questa prospettiva, meriterebbe una più condivisa valorizzazione la tesi dell'*immeritevolezza di tutela* secondo l'ordinamento giuridico di una società i cui mezzi propri siano *manifestamente* insufficienti per il conseguimento dell'oggetto sociale, anche movendo da un'interpretazione costituzionalmente orientata *ex art.* 41, comma 2°, Cost., delle norme codicistiche che pongono un limite *negativo* alla prosecuzione (o all'avvio) di un'iniziativa societaria, ogni qual volta questa sia, al di là di ogni ragionevole dubbio, priva dei mezzi necessari per esercitare le attività programmate⁷⁰, non solo in fatto, ma naturalmente pure nel necessario

⁶⁹ L'opzione per un'interpretazione estensiva dell'elemento dell'impossibilità *sopravvenuta* (o, se si vuole, *originaria*, per la quale, non potendo dar luogo a nullità della società, potrebbe dirsi integrare la causa di scioglimento *sopraggiunta* rispetto alla costituzione della società: e v. P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali. Artt. 2484-2496*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, Giuffrè, Milano, 2021, p. 33, con indicazioni), impossibilità *giuridica* legata al difetto di risorse della società per edificare i presidi preventivi in materia ambientale, non dovrebbe sembrare così eterodossa (rispetto a quanto comunemente ritenuto in ordine all'integrazione dell'impossibilità per *factum principis*: cfr., per tutti, G. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., vol. 7***, Utet, Torino, 1997, p. 269), ove si ritenga di valorizzare l'immeritevolezza di tutela di una iniziativa imprenditoriale che *frontalmente* violi la disciplina imperativa ambientale posta a tutela di un bene giuridico sovraordinato alla libertà d'impresa.

⁷⁰ In questa prospettiva la nota ricostruzione in PORTALE, *Capitale sociale*, cit., p. 96 ss., ove pure il richiamo all'autorevole avvertenza di G. FERRI (*In tema di determinazione dell'oggetto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, p. 157 e ss.), per il quale «la creazione di una struttura organizzativa per la realizzazione di una iniziativa economica è una cosa seria, e come tale è tutelata dall'ordinamento giuridico»; di tal che il giudice (al tempo, in sede di omologa) anche se «non può interferire con le scelte del privato e non può imporre minimi di capitale, egli tuttavia (...) deve controllare che si tratti di un atto meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico e di una iniziativa che non si ponga in contrasto con l'utilità sociale. Un atto non serio, una iniziativa non seria non sono meritevoli di tutela nell'ordine giuridico (lo impediscono tra l'altro l'art. 1322 c.c. e l'art. 41 della Costituzione)».

rispetto delle norme primarie, che per quelle attività hanno declinato il limite costituzionale dell'utilità sociale.

Acquisito tale approdo ermeneutico (non certo definitivo nella giurisprudenza sia teorica sia pratica), ne discenderebbero all'evidenza scenari applicativi in cui l'*enforcement* del quadro disciplinare a tutela dell'ambiente avrebbe particolare forza pure per diritto societario: di qui la possibile imputazione all'organo gestorio, come pure a quello di controllo, della responsabilità per la condotta omissiva tenuta rispetto agli adempimenti di apertura della liquidazione; senza potersi escludere – come si dirà subito in appresso – quella dei soci, quantomeno “influenti”.

Ed infatti, sotto altro punto di osservazione, considerando come nella disciplina ambientale si valorizzi la responsabilità del risarcimento in capo al c.d. operatore, vale a dire «*qualsiasi persona, fisica o giuridica, pubblica o privata, che esercita o controlla un'attività professionale avente rilevanza ambientale*» (art. 302, comma 4, t.u.a.)⁷¹, non troppo peregrina potrà sembrare l'idea di configurare – a fianco della responsabilità degli amministratori (eventualmente azionabile anche per *danno diretto* a terzi *ex art. 2395 c.c.*⁷²) – sia una *responsabilità deliberativa* sia comunque per *concorso* (anche omissivo) dei soci quantomeno afferenti al gruppo di controllo. Ed invero, valorizzando l'evoluzione del diritto societario generale in tema di responsabilità dei soci per la condotta degli amministratori, quei soci che abbiano di fatto deciso o autorizzato atti dannosi per i terzi, magari impedendo o sfavorendo l'implementazione di idonee attività preventive, così inducendo esternalità negative sull'ambiente fino al compimento di fatti illeciti imputabili alla società e ai suoi organi, dovrebbero poter essere coinvolti nella responsabilità solidale con gli amministratori, vuoi in applicazione, se del caso analogica

⁷¹ Cfr. U. SALANITRO, *La nuova disciplina della responsabilità per danno all'ambiente*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 678 ss., secondo cui può pensarsi che, «attraverso tale formula [richiamata nel testo, già presente nelle previsioni della direttiva 2004/35/CE] si sia voluto, coerentemente con la logica della responsabilità oggettiva, fare riferimento a colui, in linea di principio imprenditore, che ha il controllo effettivo, e non solo formale, delle condizioni di rischio dell'attività. – L'ampiezza della formula, così intesa, potrebbe consentirne l'estensione anche al socio (quantomeno al c.d. socio tiranno) o alla società controllante, non solo nel caso in cui l'illecito della persona controllata possa valutarsi in termini di esecuzione di indirizzi ricevuti dal controllante, ma anche nel caso in cui il soggetto controllante si sia limitato ad affidare un ambito di attività ad un soggetto controllato senza tuttavia dotarlo di capitali sufficienti rispetto al rischio derivante dallo svolgimento di un'attività professionale che può essere pregiudizievole per l'ambiente» (a 682).

⁷² Per la prospettazione della responsabilità degli amministratori per “danno diretto” in materia, v., anche per indicazioni, ROLLI, *L'impatto dei fattori ESG*, cit., p. 145 ss.

(per le società azionarie), del disposto dell'art. 2476, comma 7, c.c., vuoi in base alle norme generali sul concorso nell'atto illecito altrui⁷³.

Last but not least, in questo articolato quadro in cui la "tensione" dei richiamati istituti societari verso le esigenze di *effettività* di tutela dell'ambiente non è certo priva di problematicità sistematiche, una riflessione rinnovata dovrebbe potersi svolgere per la valorizzazione degli strumenti di controllo esterno.

Il pensiero va, come è ovvio, al controllo giudiziario sulla gestione nelle società di capitali, ove il requisito del *danno almeno potenziale* per la società (art. 2409, comma 1, c.c.)⁷⁴ potrebbe dirsi, nella nostra materia, per definizione integrato là dove gli amministratori, violando l'obbligo degli assetti adeguati (a fronte di una *compliance* al riguardo gravemente deficitaria rispetto alla disciplina ambientale), espongono la società a conseguenze patrimoniali potenzialmente pure esiziali per la continuazione dell'attività; istituto, questo, che potrebbe allora risultare prezioso sul piano dell'*enforcement*, anche là dove si riconosca che lo stesso non sia da intendere come strumento teso al controllo della legalità generale dell'impresa, dovendo comunque ricorrere la lesione anche potenziale degli interessi dei soci e dei creditori sociali⁷⁵.

Gli attuali assetti dell'istituto sembrano dunque aprire ad interessanti ambiti applicativi, non solo per la recente estensione all'intero campo delle società di capitali⁷⁶, ma anche e soprattutto con riguardo alle grandi imprese, che, per defi-

⁷³ Allo stato dell'evoluzione del sistema, si può ammettere, infatti, che anche i soci possano essere solidalmente responsabili con gli amministratori, là dove abbiano di fatto deciso ovvero autorizzato il compimento di atti dannosi; ancorché rimanga il dubbio nella s.p.a. se il socio possa essere chiamato a rispondere in analogia con quanto disposto dall'art. 2476, comma 7°, c.c. (in tema, M. RESCIGNO, *La responsabilità gestoria: profili generali*, in *Le società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibbà, G. Marasà, vol. II, Giuffrè, Milano, 2020, p. 1835 ss., ove ampi riff.), oppure già in base alle norme generali sul concorso nell'atto illecito altrui (con la conseguente responsabilità, rispettivamente, contrattuale o aquiliana): nel primo senso, LIBERTINI – MIRONE – SANFILIPPO, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., sub art. 2392, § 5, ove le opportune indicazioni.

⁷⁴ Sulla prevalente tesi estensiva del requisito, anche con riguardo a danni indiretti o riflessi che colpiscano immediatamente terzi e che solo in via mediata siano in grado di coinvolgere la società, v., per tutti, pure per indicazioni, S. VANONI, *Denuncia al tribunale. Art. 2409*, in *Il Codice Civile. Commentario*, cit., 2017, p. 52 ss., che ricorda anche il caso del possibile coinvolgimento della società in responsabilità da reato, in ragione della commissione di reati da parte di soggetti apicali.

⁷⁵ Per alcune indicazioni e per una sintesi dei maggiori profili di rilievo, si consenta il rinvio a P.M. SANFILIPPO, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, in *Diritto commerciale*, vol. III, *Diritto della società*, a cura di M. Cian, Giappichelli, Torino, 2020, p. 596 ss.

⁷⁶ Sulla "restaurazione" del controllo ex art. 2409 c.c. nel tipo s.r.l., N. ABRIANI, *I controlli*, in *Le società a responsabilità limitata*, cit., vol. II, p. 2024 ss., ove si evidenzia l'inedito problema della legittimazione del socio e del P.M. in tale tipo societario (a 2035).

nizione maggiormente in grado di realizzare gravi impatti ambientali, reclamano una più vigile tutela dell'interesse generale su azione del pubblico ministero.

3.6. Gruppi d'impresa e tutela dell'ambiente

L'accennato tema della responsabilità del socio "influyente" a titolo di concorso con gli amministratori, naturalmente, richiama l'attenzione al fenomeno dei gruppi d'impresa, e a come le esigenze di tutela dell'ambiente possano declinarsi in relazione al dovere di istituire ed attuare "assetti adeguati" nell'ambito delle diverse componenti di un gruppo. Le superiori valutazioni potrebbero, infatti, assumere una diversa luce, ove entri in gioco un gruppo societario e possa configurarsi in capo alla stessa capogruppo la responsabilità per illecito ambientale.

Al riguardo, non può certo escludersi che il fenomeno dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento determini un possibile allineamento delle reazioni civilistiche (art. 2497 c.c.) rispetto a quelle proprie della disciplina della responsabilità da reato, la quale, pur nelle note oscillazioni della giurisprudenza penale, potrebbe attingere l'ente controllante; ma è questo un profilo che andrebbe senz'altro verificato con specifico riferimento alle singole fattispecie concrete⁷⁷.

Pur essendo il tema meritevole di ben altri approfondimenti, sembra qui utile almeno richiamare una piuttosto recente pronuncia emessa dal Consiglio di Stato nel caso *Montedison*⁷⁸, in cui la responsabilità ambientale in capo alla capogruppo (per contaminazione di area adibita a discarica la cui proprietà nel tempo veniva trasferita a società controllata, pur continuando la capogruppo a intestarsi la direzione delle politiche ambientali di gruppo) è stata configurata, movendo da una visione *sostanzialistica* della qualificazione della capogruppo stessa quale centro di imputazione di un'unica impresa, pur esercitata nelle sue diverse articolazioni delle società controllate.

Si tratta di una presa di posizione del supremo giudice amministrativo di particolare interesse, giacché applica, nella materia della responsabilità ambientale, la teorica, propria della giurisprudenza europea di diritto antitrust, per la quale l'impresa di gruppo è considerata come un unico soggetto, ancorché sia articola-

⁷⁷ Propende per un approccio articolato rispetto alle fattispecie concrete, F. BORDIGA, *L'imputazione oggettiva della condotta nei gruppi di società*, in *Compliance. Responsabilità*, cit., p. 191 ss., con ampie indicazioni. Da ultimo, v. P. GHINI, *I gruppi societari e le holding di partecipazione*, in *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza*, cit., p. 112 ss.; e M. PANASITI, *Commento all'art. 14. Criteri di scelta delle sanzioni interdittive*, ivi, p. 418 ss., ove altri riff.

⁷⁸ Cons. Stato, Sez. IV, sent. 6 aprile 2020, n. 2301 (*Edison s.p.a. c. Provincia di Pescara*).

ta in una pluralità di soggetti giuridici⁷⁹. Il principio cardine della disciplina europea sull'ambiente "*chi inquina paga*" (art. 174, comma 2, Trattato U.E.) andrebbe dunque declinato alla stregua della nozione sostanzialistica dell'impresa di gruppo, al pari del diritto della concorrenza, stante l'*eadem ratio* della costruzione che «*mira ad impedire la irresponsabilità della holding, e, quindi, del gruppo unitariamente considerato quale conseguenza dell'attività di una controllata*», soprattutto là dove la *holding* abbia tratto dalla condotta incriminata vantaggi tipicamente «*grazie al risparmio di spesa ottenuto tramite la mancata adozione di adeguati presidi ambientali*»; diversamente, da «*un'applicazione formalistica della distinta soggettività giuridica delle imprese appartenenti ad un medesimo gruppo*» seguirebbe l'inaccettabile depotenziamento del richiamato principio "chi inquina paga" specialmente là dove, com'è parimenti tipico, l'autore materiale della condotta di inquinamento non sia un soggetto "solubile".

E sempre in linea con la giurisprudenza europea in materia antitrust, si sottolinea come, in presenza di controllo totalitario (o sostanzialmente totalitario) sulla controllata (per quanto emerso nel caso *Montedison*), debba presumersi che sia stata esercitata dalla *holding* (pur "non operativa") sulla controllata la direzione e il coordinamento (presunzione del resto sancita dall'art. 2497-*sexies* c.c.), che giustifica come tale l'allocazione della responsabilità in capo alla capogruppo⁸⁰: dunque, anche in mancanza della prova di coinvolgimento attivo nella commissione dell'illecito da parte della *holding*.

Da questi enunciati, quindi, discende *de plano* che le violazioni della disciplina ambientale, anche là dove materialmente compiute da una società controllata, si imputano, per gli effetti della responsabilità (risarcimento o condanna al ripristino), in capo alla capogruppo, la quale risponde del fatto che la controllata non abbia posto in essere i presidi idonei per ovviare al danno ambientale, vuoi per difetto di *compliance*, di conformità alla disciplina per scelte assunte dai suoi organi gestori, vuoi – ed è profilo che richiama il tema poc'anzi accennato⁸¹ – per mancanza di risorse sufficienti, tipicamente per *sottocapitalizzazione materiale* che non hanno consentito alla stessa società controllata di edificare idonei presidi preventivi.

Al di là della riconducibilità a sistema di questa prospettiva, certamente tesa a dare *effettività* all'impianto sanzionatorio dell'ordinamento di settore, ne emergono di tutta evidenza le ricadute, con riguardo anzitutto alle responsabilità

⁷⁹ In tema, per tutti, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 73 s., 423 ss.

⁸⁰ Così Cons. Stato, sent. n. 2301/2020, cit., in motivazione, § 6.4.4.

⁸¹ V. *supra*, § 3.5., nel testo, al richiamo delle nt. 68-70 e nelle note stesse.

risarcitorie della capogruppo e dei suoi organi per non aver curato “assetti adeguati” anche da parte delle controllate. In questa ottica, invero, ci si dovrebbe pure interrogare se e in che misura il modello normativo che vuole l’esposizione della capogruppo per le attività delle società controllate – com’è noto proprio del gruppo bancario – possa trovare applicazione anche nel diritto generale dei gruppi, o se invece vada esteso limitatamente alla materia qui in rilievo.

Ora, se si volesse guardare alla disciplina generale fissata dal codice per l’attività di direzione e coordinamento, il richiamo forse più appropriato dovrebbe essere dato al principio di *correttezza societaria e imprenditoriale* che presiede l’esercizio di quell’attività, la cui violazione, per il primo comma dell’art. 2497, consente com’è noto ai soci e ai creditori di agire in responsabilità. Anche qui ci si potrebbe chiedere se il richiamato principio di correttezza consenta di dare ingresso a valori dell’ordinamento giuridico in cui si cala l’impresa⁸², quale «criterio di sviluppo-specificazione (integrazione-adattamento) del sistema di regole proprie dell’ordinamento legale»⁸³, il cui mancato rispetto ingenera per ciò stesso le responsabilità della capogruppo e di chi abbia partecipato al fatto lesivo.

Il tema è naturalmente di vertice, e non può qui che farsene un cenno. Sembra però di poter almeno osservare che, ove si volesse aderire a quella accreditata prospettiva la quale vede nei «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» delle società etero-dirette, da rispettarsi da parte del soggetto che eserciti l’attività di direzione di un gruppo (art. 2497, comma 1°), il richiamo ad altra serie di “principi”, fra cui al principio che impone di assicurare all’impresa adeguatezza degli assetti, i cui contenuti andrebbero poi individuati facendo capo «sia al piano dei centri di imputazione (le società) sia al piano dell’iniziativa

⁸² E v. l’interesse prospettiva avanzata da C. ANGELICI, *La società per azioni e gli «altri»*, in *L’interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 60 ss.; ID., «Potere» e «interessi» nella grande impresa, cit., p. 17 s. e nt. 46, ove si sottolinea come «anzi significativo che l’art. 2497 c.c. discorra di una correttezza non soltanto “societaria”, che farebbe pensare ai temi riguardanti i rapporti fra i soci, ma anche “imprenditoriale”, con un possibile riferimento allora all’intero contesto in cui l’impresa opera».

⁸³ In tal senso, il discorso potrebbe essere ricondotto alla migliore definizione del principio di correttezza per teoria generale. Nei termini richiamati nel testo, in generale, A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato*, dir. da M. Bessone, XIII, 4*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 28 ss. e nt. 49-50; e cfr., per l’appropriata ancorché non generalmente condivisa distinzione tra buona fede e correttezza, A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell’ordinamento delle società per azioni (Abuso di potere nel procedimento assembleare)*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 286 ss., 294 ss.; e v. anche ID., *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 346 s.; e cfr. F. DI SABATO, *Il principio di correttezza nei rapporti societari*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. 2, Utet, Torino, 2006, p. 133 ss. e nt. 2, ove si dichiara adesione alla distinzione.

economica complessiva e plurisoggettiva (l'impresa)⁸⁴, potrà aversi anche un'utile prospettiva interpretativa per meglio tentare di ricondurre a sistema quegli enunciati che la giurisprudenza amministrativa, come si è visto, in materia di responsabilità ambientale di gruppo, pur ricava al di fuori delle regole del codice civile.

4. Uno sguardo oltre la *compliance*: autonomia statutaria, codici di autodisciplina ed *enforcement*

Si è premesso all'inizio che il tema che ci occupa può essere osservato anche con riguardo agli ambiti dell'autonomia statutaria. Anche quest'aspetto coinvolge naturalmente prospettive di vertice del diritto delle società; e non possono qui che richiamarsene le sole principali questioni.

Se si sposta il piano di osservazione per così dire oltre la *compliance*, oltre la funzione di conformità alla disciplina, può ben ricorrere una scelta della società, anche sul piano statutario, per il perseguimento non solo dello scopo lucrativo, ma anche della tutela degli interessi "altri", e, nel nostro caso, anche degli interessi delle comunità che insistono nel territorio in cui si esercita l'attività.

È questo, come detto, un tema generale: il tema dello scopo della società, un tema antico e lungamente percorso, per il quale, in passato, in ordine al quesito della validità di una clausola statutaria che vedesse modificato lo scopo lucrativo la risposta più piana era nel senso della nullità della clausola stessa⁸⁵.

Ora, non v'è dubbio che, nell'attuale sistema, le linee tendenziali dell'ordinamento dovrebbero consentire un'interpretazione evolutiva dell'articolo 2247 c.c., sì da potersi dire che allo scopo lucrativo possa affiancarsi pure la tutela degli interessi "altri" degli *stakeholders*, quale scelta statutaria o come scelta volontaria degli amministratori⁸⁶.

Per quest'ultimo aspetto, il tema andrebbe però disaggregato, perché intanto gli amministratori in presenza dello scopo lucrativo possono realizzare condotte che assorbono risorse della società, e quindi in qualche misura minimizzano la

⁸⁴ Così G. SCOGNAMIGLIO, *Commento all'art. 2497*, in *Commentario del codice civile*, dir. da E. Gabrielli, *Delle società, dell'azienda, della concorrenza*, a cura di D.U. Santosuosso, Wolters Kluwer, Milano, 2015, p. 1108 ss., ove le opportune indicazioni.

⁸⁵ Cfr., ad esempio, G. MARASÀ, *Le società. Società in generale*², in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2000, p. 267 ss.

⁸⁶ E v., tra gli altri, R. COSTI, *Responsabilità sociale dell'impresa e il diritto azionario italiano*, in *La responsabilità dell'impresa* (2006), cit., p. 98 ss.; M. LIBERTINI, *Un commento al manifesto sulla responsabilità sociale d'impresa della Business Roundtable*, in *Rivista ODC*, 2019, p. 632 s.

realizzazione dello scopo lucrativo nel *breve periodo*, in quanto la logica lucrativa, come suole dirsi, nel *lungo periodo* non venga abbandonata; ad esempio, con un ritorno reputazionale per l'impresa, e quindi sempre in una prospettiva lucrativa⁸⁷.

Naturalmente, le scelte più ampie al riguardo possono essere proprie della grande impresa, se non altro per il potere di mercato che consente di poter sopportare i costi legati a una politica gestoria attenta alla minimizzazione dell'impatto ambientale⁸⁸. Ed il tema porta, inevitabilmente, a quello delle società quotate.

In quest'ambito, è di particolare pregnanza l'adesione di tali società al codice di autodisciplina⁸⁹ (anzi, com'è noto, le maggiori società quotate intanto possono insistere nel segmento STAR in quanto abbiano appunto aderito all'autodisciplina), proprio in quanto, viene richiamato quale obiettivo della guida della società da parte degli amministratori il c.d. "successo sostenibile" (come recita l'ultima versione di quel codice: art. 1, *Principi D*)⁹⁰, da perseguirsi con attenzione agli interessi degli *stakeholders*, e quindi pure avendo riguardo all'impatto ambientale dell'impresa.

Ora, la questione al riguardo più significativa attiene senz'altro alla opportunità, ovvero alla necessità, che alla declamazione (che una società comunichi al mercato) dell'adesione ad un codice di autodisciplina, che tra i suoi principî vede la ricerca del successo imprenditoriale sostenibile, segua o meno, per coerenza, una conseguente ricaduta sul piano organizzativo.

Richiamandoci a quanto precisato nella prima sessione dal Professore Libertini in punto di assetti adeguati ed ambiti di sindacabilità giudiziale della discrezionalità gestoria, la sensazione è che, se la scelta strategica è quella dell'attività sostenibile, coerenza vorrebbe che anche gli assetti siano a quella scelta funzionali.

A questo punto, occorrerebbe in particolare riflettere se gli assetti adeguati, come si diceva prima, siano solo quelli aziendali o se comprendano – come sembra preferibile – anche quelli organizzativi al livello statutario, di disegno complessivo della *governance* societaria. Ed è noto come il codice di autodisciplina, sviluppando il principio del perseguimento del "successo sostenibile" vede tutta

⁸⁷ Da ultimo, M. STELLA RICHTER jr., *Long-Termism*, in *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, cit., vol. II, tomo II, p. 901 ss., spec. 907 ss. (anche in *Riv. soc.*, 2021, p. 16 ss.).

⁸⁸ E cfr. C. ANGELICI, *Divagazioni sulla "responsabilità sociale" d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 18 s.

⁸⁹ COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Codice di corporate governance* (gennaio 2020).

⁹⁰ Dalle definizioni del *Codice* (2020): «*successo sostenibile*: obiettivo che guida l'azione dell'organo di amministrazione e che si sostanzia nella creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri *stakeholder* rilevanti per la società»

una serie di misure organizzative – quali la presenza degli amministratori indipendenti, l'istituzione di comitati interni al consiglio di amministrazione che siano dedicati, quantomeno sotto il profilo istruttorio, al tema della "sostenibilità"; ed ancora, l'organizzazione dei flussi informativi su questa tematica⁹¹ – misure che dovrebbero allora essere effettivamente implementate da parte della società che abbia dichiarato di aderire all'autodisciplina.

La questione è allora quella della c.d. *box-ticking*, che emerge là dove la società enunci, ad esempio, il perseguimento della tutela ambientale anche oltre ciò che è imposto dalla disciplina al tempo vigente, ma poi risulti che le condotte imprenditoriali assunte siano in largo contrasto con siffatta declamazione. Quale, dunque, la reazione dell'ordinamento rispetto a siffatti comportamenti decettivi dell'impresa verso i propri azionisti e il mercato?

In uno studio apparso anni or sono sulla *Rivista del diritto commerciale*, si era tentato di avanzare alcune proposte in punto di *enforcement* dei codici di autodisciplina⁹²: era da poco stata emanata una norma in attuazione di direttiva europea (art. 123-*bis*, comma 2, lett. *a*), t.u.f.) per la quale, come è noto, la società quotata deve indicare nella relazione sul governo societario se abbia aderito o meno al codice di autodisciplina, ovvero spiegare le ragioni per le quali non abbia inteso aderire (*comply or explain*); sotto uno specifico dovere di vigilanza del collegio sindacale (art. 149, comma 1, lett. *c-bis*), t.u.f.). Senonché la disciplina del testo unico finanziario, per come novellata in attuazione della direttiva, prevede in effetti un apparato sanzionatorio, poi incrementato, per il caso di omessa comunicazione della società circa l'adesione o meno all'autodisciplina, ma non anche con riguardo al caso della mancanza di veridicità della comunicata adesione.

Il tema che al riguardo si pone è allora incentrato su quali strumenti possano essere azionati. E il pensiero naturalmente non può che andare anzitutto alla responsabilità per inesatta informazione, con l'inevitabile richiamo all'ampiamente studiata figura della responsabilità da prospetto.

La domanda, su cui in quel contributo si era cercato di dare un tentativo di risposta, è allora se lo strumento di tutela si esaurisca in quello della responsabilità, ovvero se il sistema – come si tende a riconoscere in ambiente americano e germanico – possa ammettere che siano azionati rimedi restitutori, e quindi le azioni edilizie del nostro codice, per carenza della qualità promessa.

⁹¹ E v., anche per puntuali riferimenti alle previsioni dell'autodisciplina, CETRA – CUOMO, "Responsabilità sociale", cit., p. 178 ss.

⁹² P.M. SANFILIPPO, *I codici di autodisciplina societaria: nuovi profili di enforcement*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 929 ss.

E questo – occorre riconoscere – non è un tema facile, perché è evidente che il difetto della qualità promessa nell'istituto codicistico è legato ad una qualità di tipo materiale, laddove in caso di informazione decettiva sull'effettiva adesione all'autodisciplina verrebbe in rilievo una qualità "organizzativa" del prodotto finanziario, che è stato sottoscritto o acquistato. E naturalmente, il tema andrebbe disaggregato sul piano del mercato primario, in cui l'emittente che promuova un aumento di capitale da collocare sul mercato declami il perseguimento del "successo sostenibile" anche in materia ambientale, è conscio che tutto un movimento internazionale, e per certi versi la stessa disciplina (soprattutto con il c.d. bilancio sociale: d.lgs. n. 254/2016, in attuazione di direttiva UE 2014/95) sollecita al riguardo le informazioni più chiare possibili per meglio orientare gli investimenti attenti alla finanza "sostenibile". Potendo invece emergere, in sede di mercato secondario, una diversa ricostruzione degli interessi in gioco⁹³, sempre a fronte dell'ipotesi, ad esempio, che quanto comunicato al mercato circa l'adozione di qualificata attenzione alle politiche ambientali, a seguito di un disastro, si verifichi in effetti non aver avuto una conseguente attuazione.

Se si vuole davvero "prendere sul serio" l'ordinamento e il movimento normativo europeo, che come si ricordava all'inizio esige reazioni *effettive* e *dissuasive*, dovrebbe almeno riconoscersi che l'interprete abbia quantomeno il dovere di meglio considerare ciò che in altri ordinamenti risulta più acquisito, e dunque riflettere se e in quale misura possa avere spazi applicativi pure il rimedio restitutorio (che è un rimedio risolutorio, e come tale atto a superare le tipiche criticità proprie dell'azione risarcitoria in materia, a cominciare dalla prova del nesso di causalità).

Da questo punto di vista, non si deve però nascondere che anche l'ammissibilità di questi più incisivi rimedi rimarrebbe un'arma spuntata nei confronti della grande impresa e soprattutto nei mercati finanziari, a fronte del problema dell'individuazione non solo dei soggetti, ma anche degli incentivi per avanzare i relativi giudizi. Ed il naturale richiamo alle *class action*, vieppiù a seguito dell'ampliamento nel nostro ordinamento pure per le azioni risarcitorie (artt. 840-*bis* ss. c.p.c.)⁹⁴, potrebbe forse rappresentare una via, fra le altre, utile quantomeno per dotare di migliore *effettività* quel quadro sanzionatorio che, anche in materia di tutela ambientale negata dal difetto degli "asseti adeguati", le direttive europee reclamano.

⁹³ E si consenta il rinvio all'*op. ult. cit.*, pp. 960 ss., 976 ss.

⁹⁴ In tema, ROLLI, *L'impatto dei fattori ESG*, cit., p. 164 ss., con indicazioni.

Gruppo aziendale e strutture organizzative

SOMMARIO: 1. Dalle scienze aziendalistiche alla rilevanza giuridica del gruppo. – 2. Il gruppo come impresa unitaria e la sua struttura organizzativa. – 3. Gli assetti adeguati di gruppo. – 4. Assetti adeguati di gruppo e modelli di prevenzione dei reati di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. – 5. Il ruolo del Codice di *Corporate Governance*. La struttura organizzativa di gruppo nella crisi.

1. Dalle scienze aziendalistiche alla rilevanza giuridica del gruppo

Oggetto di questo lavoro è la rivisitazione del concetto di gruppo alla luce dalla disciplina vigente e, soprattutto, delle novità normative. In particolare, si concentrerà l'attenzione non solo sui profili relativi alla direzione e coordinamento, che consentono di riconoscere il gruppo come fenomeno giuridico, ma sull'organizzazione dell'impresa unitaria di gruppo e sulla necessità che, in presenza di un'attività di direzione e coordinamento, emerga il dovere in capo ai gestori di attuare una coerente struttura organizzativa, differente rispetto a quella prospettabile per una società "monade".

Com'è noto, il fenomeno economico dei gruppi risulta vario e multiforme e, parimenti, complesso è l'approccio del legislatore al fenomeno stesso.

Guardando brevemente al fenomeno economico, il gruppo è visto come una forma di "aggregazione aziendale" caratterizzata dall'esistenza di un unico centro decisionale, la *holding*, che impartisce direttive vincolanti alle sottoposte nell'ambito di un disegno imprenditoriale complessivo¹. Ciò vale nel gruppo gerarchico, ma anche nel gruppo paritetico (o orizzontale), in quanto anche in questo caso la *holding* dispone del potere di direzione e coordinamento, cui corrisponde una soggezione degli altri enti. Nell'ambito dei gruppi verticali, possono essere riconosciuti gruppi a struttura "stellare" oppure con struttura "a catena"; possono essere riconosciuti gruppi costituiti da società che hanno in comune soltanto l'identità del socio in posizione di controllo o la fonte di approvvigionamento

¹ Cfr. E. RICCIARDIELLO, *La crisi dell'impresa di gruppo tra strumenti di prevenzione e gestione*, Milano, 2020, 19 ss.

finanziario, in quanto le società svolgono attività fortemente eterogenee e non correlate se non sul piano finanziario, oppure gruppi in cui le società che ne fanno parte esercitano ciascuna una fase o un frammento di un'impresa economicamente unitaria, o comunque fortemente integrata, come si può evincere, di fatto, anche dalla presenza di amministratori in comune, dall'uso comune della sede o dal ricorso al medesimo personale. Al contempo, esistono gruppi le cui articolazioni sono nettamente separate l'una dall'altra ed anche operanti su più ordinamenti, così formando il gruppo "multinazionale".

La presenza di un soggetto economico di riferimento, o *holding*, vale a distinguere il fenomeno del gruppo rispetto ad altre forme di aggregazione di imprese, quali i contratti di rete o i consorzi. Nel gruppo sussiste un'attività di direzione e coordinamento da parte della *holding* e, contestualmente, una formale distinzione delle società sottoposte, sia fra di loro, sia nei confronti della capogruppo.

Questa duplice caratteristica (l'attività di direzione e la formale distinzione degli enti coinvolti), vale a caratterizzare il gruppo e allo stesso tempo rappresenta un punto di forza del fenomeno. L'impresa esercitata in termini unitari dal gruppo risulta, infatti, frazionata in entità economiche giuridicamente indipendenti, ma vincolate rispetto ad una politica complessiva del gruppo, o in altri termini, rispetto a scelte proprie dell'impresa unitaria di gruppo, scelte che con grande probabilità non troverebbero ingresso nella condotta della società "monade". D'altra parte, le vicende di ciascuna società appartenente al gruppo producono effetti sull'andamento delle altre società, a seconda del grado di integrazione che intercorre fra le stesse.

Il gruppo, dunque, è visto come un soggetto economico unitario, coordinato dalla *holding*. Le relazioni che intercorrono al suo interno sono ascrivibili al controllo, nonché alla direzione e coordinamento. Il primo (art. 2359 c.c. e 93 t.u.f.) legittima, attraverso la leva azionaria, il potere della *holding* di esercitare la direzione e coordinamento, in regime di autonomia soggettiva e patrimoniale delle società del gruppo; tramite la direzione e coordinamento si manifesta il fenomeno del gruppo. In particolare, è opportuno ricordare che in presenza di una struttura piramidale, la *holding* può esercitare il proprio potere anche avvalendosi di partecipazioni largamente inferiori alla maggioranza del capitale sociale ed anche grazie all'assenteismo dei soci estranei alle dinamiche del controllo e alle deleghe di voto. Risulta, altresì, opportuno ricordare che l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento implica uno stato di soggezione dei soci di minoranza, o comunque estranei alle logiche del gruppo, in quanto costoro subiscono le decisioni della *holding*, e ciò risulta particolarmente sentito quando si tratti di allocare le risorse finanziarie all'interno delle società del gruppo.

In presenza della già evocata varietà dei fenomeni ascrivibili al gruppo, non stupisce il proliferare di norme settoriali volte a regolare queste forme imprendito-

riali². Tra queste, troviamo le norme dedicate al gruppo bancario (artt. 60 ss. t.u.b.), in cui è possibile reperire una definizione settoriale di gruppo³, con l'attribuzione espressa alla capogruppo del potere di esercitare attività di direzione e coordinamento, nonché di emanare “disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo”, e con la previsione di obblighi informativi, a carico degli amministratori delle società del gruppo, riferibili ad ogni “dato e informazione per l'emanazione delle disposizioni e la necessaria collaborazione per il rispetto delle norme sulla vigilanza consolidata”. Analoghe previsioni sono state introdotte successivamente per i gruppi finanziari⁴ dal t.u.f., ove in particolare l'art. 11 affida alla Banca d'Italia il potere di “definire” la nozione di gruppo rilevante ai fini della disciplina di settore, mentre il successivo art. 12, sul modello dell'art. 61 t.u.b., attribuisce alla capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, il potere di emanare disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia, mentre gli amministratori delle società del gruppo sono tenuti a fornire ogni dato informazione per l'emanazione delle disposizioni e la necessaria collaborazione per il rispetto delle norme sulla vigilanza consolidata. Accanto alla presenza di definizioni “di settore”, si registra un approccio regolatorio fondato essenzialmente sulla previsione di clausole generali, concretamente in grado di includere un fenomeno multiforme⁵, e continuamente in evoluzione, in termini di maggiore efficacia rispetto ad una regolazione c.d. “rigida”. La stessa Riforma organica del diritto delle società di capitali del 2003, nell'affrontare il complesso fenomeno dei gruppi, non ha fornito una definizione generale, come invece avviene ad esempio per l'imprenditore (art. 2082 c.c.), limitandosi, invece, a legitti-

² La dottrina ha registrato fino a 36 diverse nozioni legislative di controllo e di gruppi (M. ARATO, *Concordato, accordi di ristrutturazione e piani attestati nei gruppi di imprese*, in *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura, Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2021, 159 ss.).

³ Art. 60 t.u.b.: “1. Il gruppo bancario è composto alternativamente: a) dalla banca italiana capogruppo e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate; b) dalla società finanziaria o dalla società di partecipazione finanziaria mista capogruppo italiana e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate, quando nell'insieme delle società da essa partecipate vi sia almeno una banca italiana controllata e abbiano rilevanza determinante, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia, le partecipazioni in società bancarie e finanziarie”.

⁴ Per un raffronto fra le due discipline si rinvia a ZUCCHELLI, *Commento all'art. 11*, in *Il Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di Rabitti Bedogni, Milano, 1998, 133 ss.

⁵ Cfr. F. GALGANO, G. SBISA, *Direzione e coordinamento di società*, Artt. 2497-2497-septiesdecies, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna, 2014, 40 ss.

mare l'attività di direzione e coordinamento, purché questa risulti svolta secondo "i principi di corretta amministrazione societaria e imprenditoriale" (art. 2497, comma 1, c.c.), con la conseguente sanzione dell'abuso dell'attività di direzione e coordinamento a danno dei creditori e dei soci di minoranza.

Gli artt. 2497 ss. c.c., inoltre, non si occupano del versante organizzativo dell'impresa unitaria di gruppo⁶. Risulta, ciononostante, possibile ricostruire in che termini, e con quali conseguenze, assume rilevanza giuridica la struttura organizzativa dell'impresa unitaria articolata in un gruppo.

2. Il gruppo come impresa unitaria e la sua struttura organizzativa

Come si osservava, poliedrico fenomeno dei gruppi manifesta, quali elementi costanti, la presenza di una molteplicità di enti formalmente autonomi e dotati di personalità giuridica, ma sistematicamente coordinati e diretti da una capogruppo, con la conseguente perdita, in termini di maggiore o minore intensità, dell'autonomia decisionale delle società controllate a favore della stessa *holding*, che diviene "garante" della stabilità finanziaria del gruppo, essendo in condizione di imporre direttive vincolanti secondo una struttura o un apparato organizzativo a ciò preposto.

In termini aziendalistici, i diversi enti possono essere visti come "fasi" di un'unica impresa, con l'effetto di un adattamento delle strutture organizzative e della *governance* ad un modello diverso rispetto a quello che sarebbe prospettabile per una società "monade", che risponde unicamente ai propri esclusivi interessi⁷. Questa concreta situazione può sintetizzarsi in una costante e non occasionale reciproca integrazione gestionale, necessaria per la *holding* in vista dell'esercizio del potere di impartire direttive vincolanti e parimenti necessaria per le società del gruppo al fine di rispettare le decisioni della stessa holding e integrarsi nelle politiche del gruppo.

L'appartenenza al gruppo, dunque, produce effetti sulle strutture organizzative delle singole società, le quali debbono armonizzarsi con il profilo organizzativo del gruppo medesimo⁸, in vista dell'unitario programma imprenditoriale.

⁶ Cfr. F. CHIAPPETTA, U. TOMBARI, *Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law*, in ECFR, 2012, 268; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 8 ss.

⁷ Cfr. P. JAEGER, *Le società di gruppo tra unificazione e autonomia*, in AA.VV., *I gruppi di società*, Atti del Covegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996, 1442 ss.

⁸ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai "battelli del Reno" alle "navi vichinghe"*, in *Foro it.*, 1988, V, 49, che invocava una disciplina sul conflitto di interessi disancorata da quella concepita per la società monade, caratterizzata dal conflitto occasionale e non strutturale.

In altri termini, la stabilità e non occasionalità del potere di direzione e coordinamento della *holding*, nonché la programmazione in funzione degli interessi unitari, impongono la realizzazione di una struttura organizzativa coerente con il funzionamento e gli scopi del gruppo.

Gli effetti della reciproca integrazione risultano particolarmente evidenti guardando alla programmazione finanziaria dell'impresa di gruppo: l'appartenere al gruppo comporta necessariamente una perdita consistente di autonomia anche sul piano finanziario e patrimoniale, in quanto le società controllate subiscono le direttive dei soci di comando e lo stesso accesso al credito, ad esempio, è fortemente condizionato dall'appartenenza al gruppo.

In questo contesto, risulta evidente come il gruppo si caratterizzi quale aggregato di imprese che operano necessariamente in termini unitari e che, a causa della necessaria integrazione appena descritta, potrebbero non essere in grado di operare singolarmente sul mercato.

Come si anticipava, è possibile individuare anche i punti di emersione di una regolazione della struttura organizzativa dell'impresa unitaria articolata in un gruppo. Ciò avviene fondamentalmente sul versante del controllo interno e dell'informazione: ad esempio, un ruolo centrale è rivestito dai sindaci della capogruppo (o dal consiglio di sorveglianza o dal comitato per il controllo sulla gestione nei sistemi alternativi di amministrazione e controllo), sia per il potere di denuncia *ex art.* 2408 c.c., sia per il potere di denuncia al tribunale *ex art.* 2409 c.c., per fatti che possono essersi verificati con riferimento ad una o più società del gruppo (cfr. art. 152 t.u.f.). Più in generale, il fenomeno del gruppo impone una specifica attenzione per i flussi informativi, com'è avvenuto prima per le società quotate⁹ e poi per le altre società. Con la Riforma del 2003, infatti, si prevede l'obbligo degli organi delegati di riferire, sia all'organo amministrativo nel suo complesso, sia ai sindaci sulle operazioni effettuate dalle società controllate (art. 2381, comma 5, c.c.); allo stesso tempo, è stato previsto il potere dei sindaci (o dei componenti del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione) di chiedere notizie agli amministratori sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari "anche con riferimento a società controllate" (art. 2403-*bis*, comma 2, c.c. e artt. 151, 151-*bis* e 151-*ter* t.u.f.).

L'informazione infragruppo si arricchisce, inoltre, dell'obbligo di scambio tempestivo di dati e di informazioni tra il collegio sindacale (o consiglio di sorveglianza o comitato per il controllo sulla gestione) e la società di revisione

⁹ Cfr. F. BONELLI, *Disciplina dei flussi informativi infragruppo nelle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 684 ss. e P. ABBADESSA, *La circolazione delle informazioni all'interno del gruppo*, in *I gruppi di società*, cit., 567 ss.

(art. 150, commi 3 e 5 t.u.f.; 2409-*septies* c.c.), che ha ad oggetto anche le operazioni realizzate dalle società controllate. E, infine, si arriva fino al superamento del dovere di segretezza in capo ai sindaci (art. 2407 c.c.), con l'espressa previsione che consente ai sindaci di scambiare direttamente informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo e all'andamento generale dell'attività sociale (art. 2403-*bis*, comma 2, c.c.).

Le norme appena evocate concorrono a costituire uno statuto dell'impresa di gruppo che necessita, appunto in quanto fenomeno stabile e non sporadico, di costanti forme di integrazione organizzativa, le quali implicano altresì l'individuazione di procedure interne e piattaforme per lo scambio delle necessarie informazioni tra i diversi organi, ai diversi livelli del gruppo medesimo.

L'esigenza di prendere in considerazione, in termini giuridici, la struttura organizzativa dei gruppi emerge con particolare forza con l'entrata in vigore del nuovo art. 2086, comma 2, c.c. Questa norma, che ha in comune con le regole dettate dagli artt. 2497 ss. c.c. e in particolare con la "corretta amministrazione societaria e imprenditoriale", la natura di clausola generale, impone al giurista di concentrare la propria attenzione sugli aspetti organizzativi del gruppo e delle società che lo compongono.

3. Gli assetti adeguati di gruppo

Con l'art. 2086, comma 2, c.c. il paradigma degli assetti organizzativi adeguati assurge a necessario canone di organizzazione interna, anche in funzione della tempestiva rilevazione della crisi. Ciò comporta, ad esempio, il sorgere di doveri relativi alla individuazione e alla tracciabilità dei processi decisionali, la predefinita determinazione di canali informativi interni, nonché la previsione di una struttura organizzativa in grado di riconoscere e gestire i rischi.

Come accade per la regolazione dei gruppi, anche il concetto giuridico di adeguatezza degli assetti cui rimanda l'art. 2086, comma 2, c.c. ha una chiara derivazione dalla scienza aziendalistica, alla quale occorre fare riferimento per una consapevole ricostruzione del dettato normativo, ricostruzione che può essere assistita dalla presenza di *best practices* e di codici di settore.

Si può brevemente ricordare che il canone dell'adeguatezza degli assetti permea la regolazione dell'attività di amministrazione e controllo su diversi livelli: gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alla dimensione dell'impresa (art. 2381, comma 5, c.c.); il consiglio di amministrazione ne valuta l'adeguatezza sulla base delle informazioni ricevute (art. 2381, comma 5, c.c.); il collegio sindacale (art. 2403, comma

1, c.c.), o il consiglio di sorveglianza (art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. c, c.c.) o il comitato per il controllo sulla gestione (art. 2409-*octiesdecies*, comma 5, lett b, c.c.) vigilano sull'adeguatezza.

La regolazione in tema di assetti adeguati, ed in particolari i profili relativi alla competenza esclusiva dell'organo amministrativo nella predisposizione degli stessi, portano a ricostruire una duplice manifestazione dell'attività di gestione, che comporta la distinzione fra il "piano dell'organizzazione", regolato dall'art. 2086, comma 2, c.c. e il diverso piano "dell'operatività della società", vale a dire la gestione esecutiva che, ad esempio, nelle modalità di assunzione delle decisioni e reperimento delle informazioni, deve conformarsi agli assetti già predeterminati: la "gestione organizzativa" va separata dalla "gestione operativa". La "gestione organizzativa" diviene il presupposto della "gestione operativa"¹⁰, attribuendo all'organizzazione il ruolo di momento fondamentale della gestione, ben individuato e separato rispetto all'operatività e giuridicamente rilevante, anzi sottoposto, in presenza di determinate condizioni, a successiva verifica e riscontro anche da parte dei giudici¹¹.

Il canone dell'adeguatezza degli assetti si pone, come già la collocazione della norma suggerisce, nonché la stessa rubrica dell'art. 2086 ("Gestione dell'impresa"), quale principio generale del diritto dell'impresa, applicabile a tutti i casi di impresa collettiva¹².

L'appartenenza del canone dell'adeguatezza degli assetti al diritto dell'impresa (come, significativamente, l'art. 2497 c.c., che espressamente fa riferimento alla corretta gestione "societaria e imprenditoriale") consente di estendere questo principio generale a tutte le imprese collettive, comprese quelle imprese che si articolino in gruppi di società. L'appartenenza al gruppo, dunque, non solo implica un irrinunciabile adattamento della *governance* delle società, al fine di far confluire la propria operatività nell'alveo delle indicazioni e direttive vincolanti

¹⁰ Cfr., per il tema delle competenze, G.A.M. TRIMARCHI, *Codice della crisi: riflessioni sulle prime norme*, in *Notariato*, 2019, 117 ss.

¹¹ In argomento, mi permetto di rinviare a I. CAPELLI, *Assetti adeguati, controllo dei sindaci e denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c.*, in *Soc.*, 990 ss.

¹² Si osserva che, in questo modo, il legislatore ha compiuto quel processo di "metabolizzazione del principio di adeguatezza" cui si riferisce V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, 5 ss. Per un profilo "anomalo", dato dall'introduzione del canone degli assetti adeguati in mancanza del necessario contraltare del controllo interno, salvo l'intervento dei soci in sede di controllo individuale, si veda il caso delle società di persone, per il quale mi permetto di rinviare a I. CAPELLI, *La gestione delle società di persone dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una prima lettura del nuovo art. 2257, primo comma, c.c.*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2019, 313 ss.

della capogruppo, e non solo comporta l'applicazione delle norme evocate nel precedente paragrafo in tema di presidi di carattere informativo a tutela dell'attività di controllo interno (art. 2403-bis, comma 2, c.c., 2409-septies c.c. e artt. 150, 151, 151-bis e 151-ter t.u.f.), ma ha quale effetto il sorgere in capo agli amministratori della capogruppo e delle controllate del dovere di predeterminare e mantenere assetti organizzativi che siano "adeguati alle dimensioni e alla natura dell'impresa", ivi compresa l'articolazione dell'impresa collettiva come gruppo di società.

In questo contesto, l'obbligo di correttezza della capogruppo nella conduzione della direzione unitaria implica che questa valuti e vigili sugli assetti di ciascuna subordinata e sul coordinamento degli stessi con la struttura organizzativa del gruppo. La capogruppo, infatti, non deve limitarsi a coordinare le fasi dell'attività d'impresa di gruppo, ma deve accertarsi anche che le attività di ciascuna subordinata siano realizzate secondo modalità predeterminate *ex ante* e coerenti con la struttura organizzativa del gruppo.

L'articolazione dell'attività d'impresa sotto forma di gruppo accresce il grado di complessità della struttura organizzativa, per la presenza di più livelli decisionali ed esecutivi e per la necessaria predisposizione di plurimi canali informativi, mentre il dovere di predisporre assetti organizzativi adeguati di gruppo fa emergere, sottoponendola a monitoraggio, a controllo ed a riscontro, una complessa attività di "gestione organizzativa" che permea l'intero gruppo aziendale.

Il dovere *ex art.* 2086, comma 2, c.c. in questo contesto, implica, nei termini appena evocati (valutazione da parte del *plenum* del consiglio di amministrazione *ex art.* 2381 c.c. e vigilanza da parte dell'organo di controllo *ex art.* 2403 c.c.) un vaglio, o comunque un giudizio di efficienza, che ha come oggetto l'intera struttura organizzativa disegnata dalla capogruppo, comprese le relazioni con le controllate, il regolamento di gruppo ed i margini di rischio prevedibile in ordine all'andamento dell'impresa di gruppo.

In sostanza, dunque, il canone dell'adeguatezza degli assetti va a precisare il significato attribuibile alla "correttezza della gestione imprenditoriale e societaria" di cui all'art. 2497 c.c., cui devono conformarsi le indicazioni e direttive vincolanti verso le società del gruppo, e attribuisce rilevanza alle stesse strutture organizzative del gruppo, integrando, sotto il profilo della programmazione e della strutturazione delle diverse relazioni tra i componenti del gruppo, le norme dettate dagli artt. 2497 ss. c.c. in tema di direzione e coordinamento.

Da ciò consegue che la direzione e coordinamento *ex art.* 2497 c.c. si esprime, in armonia con quanto dispone l'art. 2086, comma 2, c.c. anche come prerogativa organizzativa propria degli organi di gestione e controllo della capogruppo, i quali provvedono alla formazione di una complessiva struttura organizzativa, nei termini di una "gestione organizzativa" che rappresenta, anche in questo caso,

come avviene anche per le società “monadi”, il necessario presupposto per la “gestione operativa”, vale a dire l’emanazione di indicazioni e direttive vincolanti e la loro esecuzione da parte delle sottoposte.

Al contempo, il dovere di informazione in capo agli amministratori, come previsto dall’art. 2381 c.c., si configura per gli amministratori della capogruppo come dovere di operare all’interno di una struttura organizzativa complessiva, necessariamente più ampia rispetto a quella di una società monade e che tiene in considerazione le diverse articolazioni del gruppo e gli effetti dell’agire su di esse. La struttura organizzativa delineata per il gruppo diviene, dunque, un parametro rilevante per valutare l’azione degli organi di amministrazione e controllo della capogruppo.

Guardando alla ripartizione interna di competenze, gli amministratori delegati curano che l’assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa, mentre il plenum del consiglio di amministrazione, sulla base delle informazioni ricevute, valuta l’adeguatezza degli assetti. Nell’ambito delle strutture organizzative di gruppo, l’adeguatezza del modello concretamente adottato deve essere monitorata avendo, naturalmente, riguardo ai diversi livelli in cui è articolata l’impresa, mediante forme di riscontro e verifica sia centrali, sia periferiche. A ciò si aggiunge la vigilanza, *ex art.* 2403 c.c., da parte dell’organo di controllo interno della capogruppo.

Inoltre, l’inadeguatezza degli assetti costituisce una grave irregolarità nella gestione e il fondato sospetto di gravi irregolarità legittima, a sua volta, alla denuncia *ex art.* 2409, comma 1, c.c., norma che espressamente fa riferimento anche alle gravi irregolarità di società controllate, attribuendo la legittimazione ad agire anche al collegio sindacale della controllante (art. 2409, comma 7, c.c.).

La centralità delle strutture organizzative “di gruppo” e il coinvolgimento dei diversi organi della capogruppo confermano, come già avviene giusta la previsione di cui all’art. 2497-*quater* c.c., la circostanza per cui eventi quali l’avvio e la cessazione dell’attività di direzione e coordinamento rappresentino dei veri e propri “punti di svolta” nella vita della società; rispetto alla disciplina *ex art.* 2497-*quater* c.c., in cui l’attribuzione al socio del diritto di recesso vale a tutelare il valore e le prospettive dell’investimento del singolo, le vicende che avviano o terminano la direzione e coordinamento producono i propri effetti avendo riguardo al profilo organizzativo dell’impresa ed incidono direttamente sulla valutazione di adeguatezza degli assetti¹³.

¹³ Si può dunque individuare un “assetto organizzativo di gruppo”: F. GUERRERA, *Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. dir. comm.*, I, 4, 2012.

Guardando alle società sottoposte a direzione e coordinamento, non è infrequente che la loro stessa costituzione sia realizzata unilateralmente dalla capogruppo, ad esempio mediante il conferimento dell'azienda o di un ramo, oppure mediante la partecipazione con altre società per la costituzione della società stessa, oppure ancora mediante operazioni di fusione o di scissione all'interno del gruppo medesimo. Nell'attuare queste operazioni si dovrà, comunque, ottemperare al canone di adeguatezza degli assetti, mediante la realizzazione di una struttura organizzativa che si conformi all'organizzazione complessiva del gruppo e consenta l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento secondo principî di correttezza societaria e imprenditoriale prevista dall'art. 2497 c.c.

Ciò implica una particolare attenzione ai sistemi di *governance* della società controllata, specialmente quando, come avviene in tema di s.r.l., l'ampia flessibilità statutaria lascia aperte numerose opzioni percorribili. Tra queste, ad esempio, la possibilità di scegliere tra la nomina del sindaco e quella del revisore, in quanto la nomina del revisore ha l'effetto di far venir meno il controllo interno sulla gestione¹⁴, nonché di rendere inapplicabile la già richiamata disposizione contenuta nell'art. 2403-*bis*, comma 2, c.c. vale a dire la possibilità di interscambio di informazioni fra gli organi di controllo delle società del gruppo.

Nel caso in cui si realizzi un vero e proprio "ingresso" nell'impresa unitaria di gruppo da parte di una società già costituita, dovrà necessariamente realizzarsi un adattamento delle strutture organizzative della stessa, allo scopo di confluire e armonizzarsi nella complessiva struttura di gruppo. Questo necessario adeguamento dovrà avvenire per il tramite di atti di indirizzo e direttive vincolanti alle quali la società sottoposta deve adeguarsi, secondo i principî di cui all'art. 2497 c.c.; d'altra parte, sempre in applicazione dei medesimi principî, se l'inadeguatezza della società sottoposta a direzione e coordinamento risulta imputabile alla capogruppo o causata dalle direttive della stessa, la sottoposta o, meglio, gli amministratori della stessa potranno disattendere le indicazioni che portano alla predisposizioni di assetti palesemente inadeguati.

4. Assetti adeguati di gruppo e modelli di prevenzione dei reati di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

L'attenzione nei confronti delle strutture organizzative e della loro adeguatezza, volta anche allo scopo di prevedere e prevenire situazioni di crisi, evoca l'adozione dei modelli di prevenzione dei reati di cui al d.lgs. n. 231 del 2001:

¹⁴ Cfr. I. CAPELLI, *La (non facile) scelta tra la nomina dell'organo di controllo e la nomina del revisore nelle s.r.l. "maggiori"*, in *Riv. dir. banc.*, 2015, 1 ss.

come la capogruppo deve farsi carico di predisporre, per il tramite dei suoi organi di gestione, adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, allo stesso modo alla capogruppo compete il dovere di prevenzione dei reati attraverso modalità di organizzazione a ciò finalizzate.

Benché i modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire i reati (art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001) non coincidano con le adeguate strutture di controllo interno¹⁵, molti sono i punti di contatto, tanto che la mancata osservanza della prescrizione dell'adozione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo o contabile può comportare la responsabilità da reato della persona giuridica, si pensi al falso in bilancio o al reato di impedito controllo *ex art.* 2625 c.c., che è integrato ogni volta che con dolo sono omessi o occultati dati rilevanti, o comunicati con altri idonei artifici dati non corrispondenti al vero, all'organo di controllo o al revisore, con l'intento di alterare la percezione delle condizioni finanziarie dell'impresa.

Manca, nel d.lgs. n. 231 del 2001, una disciplina espressamente dedicata ai gruppi, con la conseguenza che la responsabilità amministrativa non può essere applicata alla capogruppo quando interessi la controllata; ciononostante, si può legittimamente ritenere che la dimensione del gruppo non debba essere ignorata nella predisposizione dei modelli organizzativi di prevenzione dei reati, i quali devono essere plasmati sulla realtà del gruppo, anche mediante l'ausilio di sistemi di controllo di gruppo e di codici etici di gruppo.

Per vero, come conferma la dottrina¹⁶, dato che il d.lgs. n. 231 del 2001 non prende in considerazione la struttura organizzativa del gruppo nel suo complesso, un eventuale modello "di gruppo", adottato dalla capogruppo e valido per tutte le società del gruppo medesimo, sarebbe privo di capacità esimente; non si può, tuttavia, escludere la possibilità che sia costituito un modello organizzativo da parte della capogruppo, a sua volta coordinato con il modello organizzativo delle singole società, anche con l'ausilio degli organi di gestione delle stesse, e che questo modello sia in grado, in concreto, di minimizzare il rischio della commissione di reati da parte del complesso delle società del gruppo medesimo¹⁷.

Ferma restando la necessità che ogni società di doti di un proprio modello organizzativo, il recepimento di quanto predisposto dalla capogruppo deve

¹⁵ P. MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, 643 ss.

¹⁶ C. PRESCIANI, *Il modello organizzativo ex artt. 6-7 d.lgs. 231/2001*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 731 ss., ove si osserva che solo gli amministratori della società sono formalmente investiti del potere di gestione *ex artt.* 2380-bis e 2475 c.c. e, conseguentemente, sono gli unici che possono (e devono) adottare gli assetti organizzativi *ex artt.* 2381 e 2086 c.c.

¹⁷ P. MONTALENTI, *cit.*, 633 ss.

coinvolgere l'organo amministrativo nel suo plenum, in quanto si tratta di una decisione condizionata dalla capogruppo e pertanto deve essere motivata *ex art. 2497-ter c.c.* e "recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione".

La mancata considerazione delle dinamiche di gruppo da parte del d.lgs. n. 231 del 2001 risulta, tutto sommato, criticabile. Anche valorizzando la reciproca autonomia tra i modelli di organizzazione *ex d.lgs. n. 231 del 2001* e gli assetti organizzativi *ex art. 2086, comma 2, c.c.*, si può legittimamente affermare che l'eventuale disinteresse della capogruppo verso la *compliance* delle proprie controllate, o il mancato coordinamento dei diversi modelli di organizzazione, espone la stessa a responsabilità *ex art. 2497 c.c.*, per violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale, sussistendo, come si diceva, l'obbligo della capogruppo di coordinare la predisposizione, da parte delle controllate, degli assetti organizzativi di gruppo.

5. Il ruolo del Codice di *Corporate Governance*

Il Codice di *Corporate Governance* dedica diverse previsioni al tema dei gruppi di società. Risulta opportuno, ai nostri fini, accertare in che termini le regole contenute nel Codice si occupino della struttura organizzativa del gruppo.

Il Codice attribuisce rilevanza al contesto di gruppo che fa capo alla società attribuendo agli amministratori, già all'art. 1 (Ruolo dell'organo di amministrazione), il compito di definire le strategie della società e del gruppo, nonché di monitorarne l'attuazione. In particolare, l'organo di amministrazione, come risulta dalla Raccomandazioni all'art. 1, definisce non solo il sistema di governo societario, ma anche la struttura del gruppo ad essa facente capo, elevando espressamente al piano della definizione del sistema di governo societario della società la determinazione della struttura del gruppo.

A questo importante compito si collega, ancora una volta espressamente, il dovere di valutare "l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e delle controllate aventi rilevanza strategica, con particolare riferimento al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi". Gli amministratori della capogruppo, dunque, devono occuparsi della struttura del gruppo, al pari del sistema di governo societario, e devono porre doverosa attenzione all'adeguatezza degli assetti sia della società per la quale ricoprono la carica di amministratori, sia delle controllate "aventi rilevanza strategica".

Come si può evincere da queste indicazioni, dunque, la struttura organizzativa del gruppo risulta non solo rilevante, ma centrale nell'ambito dei compiti e del ruolo degli amministratori, e l'attenzione va rivolta al sistema di controllo

interno e alla gestione dei rischi delle controllate, nell'ambito di una concezione del gruppo che ne evidenzia non solo i vantaggi, ma anche i pericoli, i quali possono derivare da una gestione dei rischi non attenta e inadeguata, anche quando questi riguardino in primo luogo le controllate.

Si assiste, dunque, ad una complessa articolazione di piani, che non riguarda solo il rapporto fra gli amministratori delegati e gli amministratori privi di deleghe, ma si estende al rapporto quello fra gli amministratori delle controllate e gli amministratori della capogruppo. Questi ultimi, infatti, devono esaminare il piano industriale di gruppo e, soprattutto, approvarlo.

Con riguardo al profilo del rischio, si può ritenere che la competenza del consiglio di amministrazione sugli obiettivi di rischio sia implicita nella previsione della competenza per l'approvazione del piano industriale di gruppo e ciò pare confermato nell'art. 6, Raccomandazione n. 34, che attribuisce al *chief executive officer* il compito di curare "l'identificazione dei principali rischi aziendali, tenendo conto delle caratteristiche delle attività svolte dalla società e dalle sue controllate", sottoponendo gli stessi, periodicamente, all'esame dell'organo di amministrazione, cui si aggiunge la già richiamata attribuzione al consiglio di amministrazione della capogruppo del compito di valutare gli assetti organizzativi delle controllate aventi rilevanza strategica (art. 1, raccomandazione n. 1, lett. *d*).

Questi doveri sottendono, naturalmente, un monitoraggio periodico da parte del consiglio di amministrazione della capogruppo sulla struttura organizzativa del gruppo, vale a dire la determinazione di uno stabile flusso informativo tra gli amministratori della controllata e quelli della controllante, con la conseguente compressione delle istanze di riservatezza aziendale della società controllata¹⁸, come già avviene per gli organi di controllo interno per i quali, come si è avuto modo di osservare, l'art. 2403-*bis* c.c. dispone, a questi fini, il superamento del vincolo del segreto.

6. La struttura organizzativa di gruppo nella crisi

Il Codice della crisi e dell'insolvenza si occupa della crisi e dell'insolvenza del gruppo negli articoli da 284 a 292¹⁹. Nel nostro ordinamento non mancano precedenti ben conosciuti, come l'abrogata Legge Prodi (l. 3 aprile 1979, n. 95, di conversione del d.l. 30 gennaio 1979, n. 26) e la Legge Prodi *bis* (d.lgs. 8 luglio

¹⁸ P. CUOMO, *Il consiglio di amministrazione e la gestione dell'impresa nel codice di corporate governance*, in *Riv. soc.*, 2021, 79 ss.

¹⁹ Si tratta di norme destinate ad entrare in vigore il prossimo 16 maggio 2022, in virtù del rinvio operato dal d.l. 24 agosto 2021, n. 118.

1999, n. 270) che sottopone ad un'unica procedura il gruppo insolvente, quando le imprese del gruppo presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriale, o quando risulti comunque opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo, in quanto idonea ad agevolare, per i collegamenti di natura economica o produttiva esistenti tra le singole imprese, il raggiungimento degli obiettivi della procedura (art. 81 Legge Prodi *bis*). A ciò va aggiunto il d.l. n. 347 del 2001 (c.d. decreto Parmalat), convertito nella l. n. 39 del 2004, che fra l'altro detta, all'art. 4-*bis*, una prima disciplina del concordato di gruppo, prevedendo che il commissario straordinario possa, nel programma, prevedere che il soddisfacimento dei creditori si realizzi attraverso un concordato in corso di amministrazione straordinaria e che la proposta di concordato possa essere unica per più società del gruppo sottoposte alla procedura di a.s., "ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive".

Con il Codice della crisi e dell'insolvenza arriviamo ad una definizione di gruppo, con la previsione di obblighi e poteri in ordine alle informazioni sui legami di gruppo. Nell'art. 2, comma 1, lett. *b*), c.c.i.i. il gruppo di imprese viene definito come "l'insieme delle imprese, delle società e degli enti, escluso lo Stato, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-*septies* del codice civile sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto".

L'espresso riferimento, contenuto nel corpo della definizione, agli artt. 2497 e 2545-*septies* c.c., richiama la direzione e il coordinamento di definizione codicistica, nonché il gruppo cooperativo paritetico, in cui la comune sottoposizione di più società alla direzione e coordinamento di un'altra entità è frutto di una determinazione convenzionale delle società sottoposte; si presume, inoltre, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata: 1) dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci; 2) dalla società o ente che controlla le predette, direttamente o indirettamente, anche nei casi di controllo congiunto.

Nell'ambito della disciplina della crisi e dell'insolvenza del gruppo, la dottrina riconosce una precisa scelta di campo, già formulata nella legge delega n. 155 del 2017 e volta a salvaguardare il principio di separatezza delle rispettive masse attive e passive delle società del gruppo in crisi o insolventi, riconoscendo, però, in molte occasioni l'unità sostanziale dell'impresa sottostante al gruppo, con la conseguente previsione di una disciplina speciale rispetto a quella della crisi o dell'insolvenza dell'impresa "monade"²⁰.

Coerenti con questa scelta di campo sono diverse regole introdotte dal codice della crisi e dell'insolvenza. L'art. 289, infatti, dispone che "La domanda di accesso

²⁰ G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Soc.*, 2019, 413 ss.

a procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza presentata da un'impresa appartenente ad un gruppo deve contenere informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali esistenti tra le società e imprese" e occorre indicare il registro delle imprese nel quale è stata eseguita la pubblicità prescritta dall'art. 2497 – *bis* c.c. (norma che obbliga gli amministratori ad iscrivere, nel registro delle imprese del luogo in cui ha sede la società, il fatto che detta società sia sottoposta a direzione e coordinamento e a dichiarare contestualmente l'identità della società o ente che esercita la relativa attività). Inoltre, l'impresa deve depositare il bilancio consolidato di gruppo, ove redatto e, in ogni caso il tribunale o successivamente, il curatore o il commissario giudiziale possono, al fine di accertare l'esistenza di collegamenti di gruppo, richiedere alla CONSOB o a qualsiasi altra pubblica autorità e alle società fiduciarie le generalità degli effettivi titolari di diritti sulle azioni o sulle quote ad esse intestate.

Questi obblighi informativi a carico del soggetto che presenta la domanda danno permanente rilevanza alla struttura organizzativa del gruppo di cui la società fa parte, come testimonia la circostanza per cui questi doveri sussistono sia nel caso in cui si tratti di una procedura unitaria di gruppo, sia nel diverso caso in cui ciascuna impresa del gruppo presenti un'autonoma istanza e voglia accedere ad un'autonoma procedura, o concordato preventivo, o omologazione di un distinto accordo di ristrutturazione.

Regole analoghe sono rinvenibili nell'art. 284, comma 4, c.c.i.i. con riferimento alla domanda di accesso al concordato preventivo di gruppo o alla procedura di omologazione di un accordo di gruppo avente ad oggetto la ristrutturazione dei debiti. La domanda, in particolare, deve "fornire informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali esistenti tra le imprese", rendendo, dunque, essenziale far conoscere l'aspetto organizzativo del gruppo medesimo, quale elemento fondamentale ai fini delle valutazioni e degli accertamenti che il tribunale è chiamato a compiere, nonché ai fini del successivo svolgimento delle procedure.

Tra le norme in tema di gruppi in stato di crisi o insolvenza, è opportuno, da ultimo, ricordare l'art. 291 c.c.i.i., che attribuisce al curatore, sia in caso di apertura di una procedura unitaria, sia in caso di pluralità di procedure, la legittimazione ad esercitare le azioni di responsabilità previste *ex art.* 2497 c.c. e che, al secondo comma, legittima il curatore medesimo a proporre nei confronti degli amministratori e sindaci delle società del gruppo non sottoposte alla procedura di liquidazione giudiziale, la denuncia *ex art.* 2409. Questa prerogativa costituisce un ulteriore punto di emersione della rilevanza della struttura organizzativa di gruppo, nei termini in cui un'adeguata predisposizione di assetti organizzativi si presenta come necessaria presupposto per una corretta gestione.

Gli “assetti adeguati” nell’impresa individuale e nelle società personali

SOMMARIO: 1. Premessa normativa. – 2. L’imprenditore individuale. – 3. Le società personali.

1. Premessa normativa

Va premesso il dato normativo da cui occorre procedere anche all’esito del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, correttivo del d.lgs. n. 14 del 2019, recante il codice della crisi d’impresa.

Si argomenterà per certi versi come se il codice della “crisi” fosse già in vigore e si prescinderebbe da ogni rilievo in ordine al tormentato *iter* relativo all’entrata in vigore del medesimo codice della “crisi” [con d.lgs. 24 agosto 2021, n. 118, convertito nella l. 21 ottobre 2021, n. 147, in G.U. del 23 ottobre 2021, n. 254, in vigore dal 24 ottobre 2021, l’entrata in vigore del codice della “crisi” è stata differita al 16 maggio 2022; “le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi” (artt. 12-25) entreranno in vigore dal 31 dicembre 2023; dal 15 novembre 2021 sarà in vigore l’istituto della “composizione negoziata della crisi” introdotto dal d.lgs. n. 118/2021].

Le disposizioni di rilievo sono, dunque, gli artt. 2086, 2257, 2381, 2403 c.c., nonché artt. 2 (rubricato “*definizioni*”), ove alla lett. *a*) è fornita la nozione di “crisi” (si veda anche l’art. 13 rubricato “*indicatori e indici della crisi*”), 3 (rubricato “*doveri del debitore*”) e 4 (rubricato “*doveri delle parti*”) c.c.i.i.

2. L’imprenditore individuale

Un primo aspetto va rimarcato: l’art. 2086, comma 2, c.c. non contiene alcun riferimento all’imprenditore individuale.

Per l’imprenditore individuale rileva unicamente, in prospettiva, l’art. 3, co. 1, c.c.i.i., che gli impone di adottare misure idonee a consentire la rilevazione tempestiva della “crisi” ed a consentire l’adozione tempestiva delle iniziative necessarie per farvi fronte.

Su tale scorta occorre interrogarsi su cosa si intende per “misure idonee” e, siccome le “misure idonee” sono proiettate alla pronta rilevazione della “crisi” ed alla pronta adozione, *recte* scelta, della “procedura” adatta a fronteggiarla, occorre poi o forse ancor prima, siccome le “misure idonee” hanno una ben precisa connotazione funzionale, interrogarsi di quali “procedure” “dispongono” l’imprenditore individuale in rapporto alle sue diverse tipologie.

Evidentemente l’imprenditore individuale è figura variegata.

Con riferimento al profilo dell’attività d’impresa esercitata, l’imprenditore si distingue in agricolo e commerciale (è commerciale tutto ciò che non è agricolo in via essenziale o per connessione; *tertium non datur*: l’impresa artigiana è una *species* dell’impresa commerciale).

Allo stato, l’imprenditore individuale agricolo non è esposto al fallimento e non è ammesso a fruire del concordato preventivo (viceversa l’art. 182-*bis* l.fall. adopera unicamente l’espressione “imprenditore in stato di crisi”, ma la necessità del deposito dei bilanci degli ultimi tre esercizi induce ad escludere l’imprenditore agricolo).

In prospettiva mi sembra che l’imprenditore individuale agricolo sia assoggettato agli “strumenti di allerta” “compatibilmente con la sua struttura organizzativa” (art. 12, co. 4 e 7, c.c.i.i.) ed al procedimento di composizione assistita della crisi (artt. 19-23 c.c.i.i.).

In prospettiva mi sembra che l’imprenditore individuale agricolo possa fruire del “piano attestato di risanamento e di riequilibrio” (l’art. 56, co. 1, c.c.i.i. parla *tout court* di “imprenditore in stato di crisi o di insolvenza”).

In prospettiva mi sembra che l’imprenditore individuale agricolo – in quanto ricompreso nella previsione della lettera *c*) del primo comma dell’art. 2 c.c.i.i. – possa fruire delle soluzioni della crisi da sovraindebitamento (art. 2, lett. *c*), c.c.i.i.: “*sovraindebitamento: stato di crisi o insolvenza*”) richiamate dall’art. 65, co. 1, c.c.i.i., ossia della procedura di ristrutturazione dei debiti (“*minore*”) (artt. 67-73 c.c.i.i.), del concordato “*minore*” (artt. 74-83 c.c.i.i.) e della liquidazione controllata del sovraindebitato (artt. 268-277 c.c.i.i.).

In prospettiva non mi sembra, per ragioni di coerenza sistematica, nonostante la formulazione della lettera della legge (l’art. 57, co. 1, c.c.i.i. parla di “*imprenditore, anche non commerciale e diverso dall’imprenditore minore, in stato di crisi o di insolvenza (...)*”), che l’imprenditore individuale agricolo possa fruire degli accordi di ristrutturazione dei debiti (artt. 57 – 64 c.c.i.i.).

Si tenga conto che l’imprenditore individuale agricolo, per il quale è prevista l’iscrizione in una sezione speciale del registro delle imprese, non è, ai sensi dell’art. 2214 c.c., obbligato alla tenuta del libro giornale e del libro degli inventari e neppure è obbligato a redigere il bilancio con cui, ai sensi dell’art. 2217, co. 2, c.c., l’inventario si chiude.

Con riferimento al profilo delle dimensioni dell'impresa esercitata, l'imprenditore individuale:

- si distingue in “medio-grande” e “piccolo” (art. 2083 c.c.);
- si distingue in imprenditore al di sopra di una delle tre soglie dimensionali del co. 2 dell'art. 1 l.fall., come tale assoggettato al fallimento ed ammesso a fruire del concordato preventivo, ed imprenditore al di sotto di tutte e tre le medesime soglie (ammesso però agli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis l.fall.*, se obbligato alla tenuta delle scritture contabili).

In prospettiva si distingueranno:

- l'imprenditore commerciale individuale “minore” (art. 2, lett. *d*), c.c.i.i.), che è congiuntamente al di sotto delle tre soglie di cui alla lett. *d*), dell'art. 2 c.c.i.i.;
- l'imprenditore commerciale individuale “maggiore”, che è al di sopra anche di una sola delle tre soglie di cui alla lett. *d*) dell'art. 2 c.c.i.i.;
- eventualmente il “grande” imprenditore individuale commerciale (art. 2, lett. *g*), c.c.i.i.).

Con specifico riferimento all'imprenditore individuale commerciale “minore”, in prospettiva mi sembra che l'imprenditore individuale commerciale “minore” sia assoggettato agli “strumenti di allerta” “compatibilmente con la sua struttura organizzativa” (art. 12, co. 4 e 7, c.c.i.i.) ed al procedimento di composizione assistita della crisi (artt. 19-23 c.c.i.i.).

In prospettiva mi sembra che l'imprenditore individuale commerciale “minore” possa fruire del piano attestato di risanamento e di riequilibrio (l'art. 56, co. 1, c.c.i.i. parla *tout court* di “*imprenditore in stato di crisi o di insolvenza*”).

In prospettiva mi sembra che l'imprenditore individuale commerciale “minore” – in quanto ricompreso nella previsione della lettera *c*) del co. 1 dell'art. 2 c.c.i.i. – possa fruire delle soluzioni della crisi da sovraindebitamento (art. 2, lett. *c*), c.c.i.i.: “*sovraindebitamento: stato di crisi o insolvenza*”) richiamate dall'art. 65, co. 1, c.c.i.i., ossia della procedura di ristrutturazione dei debiti “minore” (artt. 67-73 c.c.i.i.), del concordato “minore” (artt. 74-83 c.c.i.i.) e della liquidazione controllata del sovraindebitato (artt. 268-277 c.c.i.i.).

In prospettiva l'imprenditore individuale commerciale “minore” non può fruire degli accordi di ristrutturazione dei debiti (artt. 57 – 64 c.c.i.i.: l'art. 57, co. 1, c.c.i.i. parla di “*imprenditore, anche non commerciale e diverso dall'imprenditore minore, in stato di crisi o di insolvenza*”).

Si tenga conto che l'imprenditore individuale commerciale “minore” e “piccolo” (art. 2083 c.c.), per il quale è prevista l'iscrizione in una sezione speciale del registro delle imprese, non è, ai sensi dell'art. 2214, co. 3, c.c., obbligato alla tenuta del libro giornale e del libro degli inventari e neppure è obbligato a redigere il bilancio con cui, ai sensi dell'art. 2217, co. 2, c.c., l'inventario si chiude.

Reputo che alla definizione della generale (*recte*, generica) prefigurazione “misure idonee” possa utilmente concorrere (in chiave sistematica) la triplice qualificazione – “organizzativa”, “amministrativa” e “contabile” – dell’adeguato assetto che, in rapporto alla natura e alle dimensioni dell’impresa, l’imprenditore, societario o collettivo, deve istituire (ai fini della tempestiva rilevazione della crisi e della perdita della continuità aziendale ed ai fini della tempestiva adozione ed attuazione di taluna delle procedure previste per il superamento della crisi e per il recupero della continuità aziendale).

Premetto che “istituire assetti adeguati alla natura e alle dimensioni dell’impresa societaria o collettiva” vuol dire che occorre imprescindibilmente – attesa l’inderogabilità della disposizione di cui all’art. 2086 c.c. – predeterminare, definire *ex ante* i ruoli ed i percorsi decisionali e non lasciarli affidati al caso, all’improvvisazione; vuol dire evitare che i ruoli ed i percorsi decisionali siano “fluidi”.

Ovviamente sarà l’autorità giudiziaria che ne vaglierà in concreto, nell’ambito del giudizio di responsabilità eventualmente insorto, l’adeguatezza in rapporto alla natura (agricola o commerciale) ovvero alle dimensioni (“maggiori” o “minori”) dell’impresa con valutazione *ex ante*, valutazione cui è senz’altro estraneo il profilo dell’opportunità, della convenienza (afferente alla libertà d’impresa), valutazione che nondimeno è estesa al profilo concernente l’osservanza delle regole di elementare prudenza (*B.J.R.*).

In ogni caso l’istituzione di un adeguato assetto si proietta in una triplice direzione.

In primo luogo, nella direzione “organizzativa”, cioè dell’organizzazione della società o dell’organismo plurisoggettivo.

Si tratta dell’aspetto afferente propriamente all’imprenditore (societario o collettivo). Tale aspetto ricomprende a pieno titolo il profilo concernente i rapporti tra gli organi societari (o dell’imprenditore collettivo) e, si badi, anche la posizione e le funzioni dell’organo di controllo sulla gestione, poiché la posizione e le funzioni di tale organo afferiscono all’organizzazione della società.

In secondo luogo, nella direzione “amministrativa”, cioè dell’amministrazione dell’impresa (*recte*, del complesso aziendale) che mette capo all’imprenditore (societario o collettivo).

Si tratta dell’aspetto afferente propriamente alla gestione dell’impresa societaria o collettiva. Tale aspetto ricomprende a pieno titolo il profilo concernente i rapporti tra gli organi preposti o addetti alla gestione dell’impresa, cioè i rapporti nella s.p.a. (nella variante italiana del modello latino-continentale) tra presidente del c.d.a., consiglieri delegati o esecutivi, consiglieri deleganti o non esecutivi, direttore generale.

In terzo luogo, nella direzione “contabile” dell’impresa societaria o collettiva.

Si tratta dell’aspetto afferente propriamente alla revisione legale dei conti dell’impresa societaria o collettiva (si veda, tra gli altri, l’art. 2409-*septies* c.c.,

secondo cui “*il collegio sindacale e i soggetti incaricati della revisione legale dei conti si scambiano tempestivamente le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti*”).

In questo quadro reputo che le “misure idonee” *ex art. 3, co. 1, c.c.i.i.*, che l'imprenditore individuale, agricolo o commerciale, e, segnatamente quest'ultimo, “minore” o “maggiore” deve adottare, si definiscano in proiezione nei termini seguenti.

In primo luogo, che le “misure idonee” non si definiscono in termini propriamente “organizzativi”.

Invero, l'imprenditore individuale è necessariamente coinvolto nella sua impresa (se non lo fosse, sarebbe un imprenditore “indiretto”, eventualmente “occulto”, ma alla stregua del criterio, di cui all'art. 1705 c.c., della spendita del nome, l'imprenditore “indiretto” non è imprenditore), sicché l'imprenditore individuale “è” la “sua” impresa.

Propriamente, si può dire che il profilo “organizzativo” dell'imprenditore individuale coincide con la sua persona (fisica), si esaurisce con la sua persona (fisica).

Al più si potrebbe sostenere che il profilo “organizzativo” dell'imprenditore individuale involge la tematica della “ditta” (art. 2563 c.c.).

In secondo luogo, che le “misure idonee” si definiscono, viceversa, in termini propriamente “amministrativi”, cioè con riferimento all'amministrazione, alla gestione dell'impresa (*recte*, del complesso aziendale) che mette capo all'imprenditore individuale.

Tale profilo involge a pieno titolo l'organizzazione dei beni costituenti l'azienda (artt. 2555 ss. c.c.), l'insegna ed il marchio, i rapporti tra l'imprenditore ed i suoi collaboratori ed ausiliari, subordinati e non (art. 2095 c.c. ed artt. 2203 e ss. c.c.).

In terzo luogo, che le “misure idonee” si definiscono, viceversa, in termini propriamente “contabili”, cioè con riferimento al controllo – da affidare a consulenti capaci – sui conti dell'impresa (*recte*, del complesso aziendale) che mette capo all'imprenditore individuale.

La mancata adozione di “misure idonee” non importa perciò solo l'esposizione a responsabilità patrimoniale dell'imprenditore individuale.

Parimenti l'adozione di “misure idonee” non sottrae l'imprenditore alla responsabilità patrimoniale ovvero alla liquidazione giudiziale, qualora, nonostante l'adozione delle “misure”, la “crisi” si determini e, addirittura, degeneri in insolvenza.

Nondimeno l'adozione di “misure idonee” a consentire la pronta rilevazione della “crisi” ed a consentire la pronta adozione, *recte* scelta, della “procedura” adatta a fronteggiarla può senza dubbio avere una ricaduta positiva ai fini del riconoscimento delle misure premiali di cui all'art. 25 c.c.i.i.

Per altro verso, non può non rilevarsi, limitatamente all’imprenditore individuale agricolo ed all’imprenditore individuale commerciale “minore” e “piccolo” che la proiezione dell’obbligo di adottare “misure idonee” pur con riferimento al profilo “contabile” nella proiezione del dovere di cui all’art. 4, co. 1, lett. *a*), c.c.i.i., non risulta coordinarsi in termini sistematicamente coerenti con la perdurante facoltà codicistica dell’imprenditore (individuale) agricolo e dell’imprenditore individuale commerciale “minore” e “piccolo” di non tenere le scritture contabili.

A meno che non si ritenga che l’obbligo – anche per l’imprenditore (individuale) agricolo e dell’imprenditore individuale commerciale “minore” e “piccolo” – di adottare misure idonee a consentire la rilevazione tempestiva della “crisi” ed a consentire l’adozione tempestiva delle iniziative necessarie per farvi fronte, implichi necessariamente il superamento della rispettiva “facoltà codicistica di non tenere le scritture contabili”.

Ciò tanto più che, se è vero che gli strumenti di allerta (art. 12 c.c.i.i.), ossia gli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui all’art. 14 c.c.i.i. (organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione) non possono “funzionare” rispetto all’imprenditore individuale, possono viceversa e senza dubbio funzionare gli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui all’art. 15 c.c.i.i. (cioè dei creditori pubblici qualificati).

Ciò tanto più, inoltre, che, ai sensi dell’art. 4, co. 2, lett. *a*), c.c.i.i., il debitore ha il dovere di “illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente, fornendo ai creditori tutte le informazioni necessarie ed appropriate allo strumento di regolazione della crisi o dell’insolvenza prescelto”.

Sono escluse dagli strumenti di allerta le imprese di cui al comma 5 dell’art. 12 c.c.i.i. (banche; intermediari finanziari; le imprese di assicurazione); che però possono fruire delle misure premiali, in ipotesi di tempestiva rilevazione della crisi (co. 6).

Si tenga conto che impresa individuale esposta a fallimento è anche la *holding* persona fisica (cfr. Cass. 6 marzo 2017, n. 5520, secondo cui è configurabile una *holding* di tipo personale, costituente impresa commerciale suscettibile di fallimento, per essere fonte di responsabilità diretta dell’imprenditore, quando si sia in presenza di una persona fisica che agisca in nome proprio, per il perseguimento di un risultato economico, ottenuto attraverso l’attività svolta, professionalmente, con l’organizzazione ed il coordinamento dei fattori produttivi, relativi al proprio gruppo di imprese, restando irrilevanti sia lo stato soggettivo dell’imprenditore, sia i mezzi negoziali utilizzati per l’esercizio dell’attività imprenditoriale).

3. Le società personali

I rilievi in precedenza svolti circa il significato della tripla qualificazione (“organizzativa”, “amministrativa” e “contabile”) degli assetti adeguati che l'imprenditore societario e collettivo deve istituire, in correlazione con la natura e le dimensioni dell'impresa, nella proiezione della tempestiva rilevazione della crisi e della perdita di continuità aziendale e dell'adozione ed attuazione delle procedure per il loro superamento e recupero, possono essere ovviamente trasportati sul terreno della disciplina delle società personali, disciplina ora implementata con la prefigurazione di cui all'art. 2257, co. 1, c.c., alla cui stregua l'istituzione degli assetti adeguati compete in via esclusiva agli amministratori.

Evidentemente, la riflessione va condotta in relazione ai diversi tipi di società personali, cioè:

- con riferimento alla società semplice, società di tipo agricolo (perché suggerita dal legislatore per lo svolgimento in comune dell'impresa agricola),
- con riferimento alla s.n.c. ed alla s.a.s., società di tipo commerciale (perché suggerite dal legislatore per lo svolgimento in comune dell'impresa commerciale).

Al riguardo deve tener conto altresì che, se il tipo della società semplice viene adoperato per lo svolgimento in comune di una attività di impresa commerciale:

- si è al cospetto della società di fatto, se il contratto di società è stato siglato verbalmente o *per facta concludentia*,
- si è al cospetto della collettiva irregolare, se il contratto di società è stato siglato per iscritto, ma non è stato iscritto nel registro delle imprese.

La riflessione va condotta tenendo conto inoltre:

- che lo schema della società semplice è lo schema di base,
- che nello schema codicistico della società semplice, in cui, secondo il modello dell'amministrazione plurima disgiuntiva, tutti i soci sono amministratori e rappresentanti della società (artt. 2257 e 2266 c.c.), il ruolo di amministratore, il rapporto “di amministrazione” è preponderante, quasi “assorbente”, rispetto al ruolo di socio, al rapporto “sociale”.

Tuttavia, pur a fronte di questa consapevolezza, il rapporto “sociale” non può e non deve essere “azzerato”, pur nel modello codicistico (non derogato dai soci).

Soggiungo che la dicotomia “rapporto sociale” – “rapporto di amministrazione” va mantenuta pur nel tipo codicistico di base (società semplice) non derogato dalle parti perché quella dicotomia è riflessa dalla diversificazione dei doveri che gravano sul socio come tale, la cui violazione può condurre alla sua esclusione (art. 2286 c.c.), dai doveri che gravano sull'amministratore come tale, la cui violazione può condurre alla revoca della facoltà di amministrare (art. 2259 c.c.).

Su tali premesse puntualizzo.

Nella società semplice (necessariamente imprenditore agricolo), secondo il modello codicistico non derogato dalle parti, il dovere degli amministratori (*ex art. 2257 c.c.*) di istituire assetti adeguati (*ex art. 2086 c.c.*) si esplica

- nella direzione “amministrativa”, cioè nella direzione afferente alla gestione, secondo la formula “plurima disgiuntiva”, dell’impresa sociale, essenzialmente sul terreno della predefinitone delle modalità e dei tempi di estrinsecazione dell’opposizione, *ex art. 2257, co. 2, c.c.*, degli altri soci e quindi sul terreno della predifnizione delle condizioni alla cui stregua i soci amministratori possono andare esenti da responsabilità ai sensi dell’art. 2260, co. 2, ultima parte, c.c.;
- nella direzione “organizzativa”, cioè nella direzione afferente al soggetto società, al soggetto imprenditore, essenzialmente sul terreno della predifnizione dell’*iter* per le modifiche al contratto sociale (art. 2252 c.c.). Si tratta tuttavia di una proiezione di scarso momento, allorché non si sia derogato alla regola generale dell’unanimità ai fini della modifica del contratto sociale; allorché, viceversa si è derogato alla regola della modifica all’unanimità, emerge appieno la necessità di predefinire le modalità – assembleari o meno – mercé le quali la maggioranza deve compiersi e computarsi;
- nella direzione “contabile”, cioè nella direzione, involta dall’art. 2261 c.c., afferente al controllo sulla gestione e sui conti dei soci che non partecipano all’amministrazione.

Ovviamente la mancata istituzione di “assetti adeguati” non importa perciò solo l’esposizione a responsabilità patrimoniale della società semplice.

Parimenti l’istituzione di “assetti adeguati” non sottrae la società semplice ed i soci alla responsabilità patrimoniale (si è postulato che la semplice è imprenditore agricolo, quindi non interferisce la liquidazione giudiziale).

Del pari l’istituzione di “assetti adeguati” può senza dubbio avere una ricaduta positiva ai fini del riconoscimento delle misure premiali *ex art. 25 c.c.i.i.*

La mancata istituzione di “assetti adeguati” rileva viceversa sul piano “interno”, della responsabilità *ex art. 2260 c.c.* nei confronti della società.

Al riguardo occorrerà tener conto però che la società danneggiata coincide con il complesso dei suoi soci danneggianti e che, al più, la responsabilità non si estende all’amministratore che dimostrerà di essere esente da colpa (art. 2260, co. 2, seconda parte, c.c.) e che sarà diversamente graduabile nei rapporti interni.

I rilievi premessi possono essere pedissequamente ribaditi con riferimento alla s.n.c., costituita per lo svolgimento in comune di impresa commerciale.

Va soggiunto che l’adozione di “assetti adeguati” non sottrae la s.n.c. esercente impresa commerciale ed i soci alla responsabilità patrimoniale ed alla liquidazione giudiziale.

I rilievi premessi possono essere pedissequamente ribaditi con riferimento alla s.a.s., costituita per lo svolgimento in comune di impresa commerciale.

Va soggiunto che l'adozione di "misure idonee" non sottrae la s.a.s. esercente impresa commerciale ed i soci accomandatari alla responsabilità patrimoniale ed alla liquidazione giudiziale.

Ai rilievi premessi vanno aggiunti tre ulteriori rilievi.

In primo luogo, è difficile immaginare che ci sia istituzione di "assetti adeguati" *ex art.* 2086 c.c. nella società di fatto, esercente impresa commerciale, variante della s.n.c., che vive grazie ad un patto verbale o, per giunta, *per facta concludentia*.

In secondo luogo, è parimenti difficile immaginare che ci sia istituzione di assetti adeguati *ex art.* 2086 c.c. nella collettiva irregolare (esercente impresa commerciale), variante della s.n.c. (i soci hanno stipulato per iscritto, ma non hanno iscritto la società nel registro delle imprese); se non si è avuto cura di iscrivere la società nel registro delle imprese, tutto lascia supporre che gli amministratori si siano analogamente ben guardati dall'istituire "assetti adeguati".

In terzo luogo, qualora i soci abbiano, nel segno dell'inciso "salvo diversa pattuizione" di cui al comma 1 dell'art. 2257 c.c., diversamente conformato il modello di amministrazione della società, il dovere di istituire "assetti adeguati" segnatamente nella direzione "amministrativa", è destinato a restringersi ovvero a dilatarsi.

Più esattamente

- la necessità della predefinizione dell'*iter* decisionale si ridimensiona significativamente, qualora i soci abbiano optato per l'amministrazione congiuntiva all'unanimità;
- ben vero in questa evenienza si ridimensiona pur la necessità di predefinire gli assetti "contabili", se si accede alla tesi per cui i soci amministratori non hanno diritto al rendiconto (cfr. Cass. 14 dicembre 1998, n. 12531; Cass. 10 marzo 1975, n. 879; si veda però Cass. 3 febbraio 2017, n. 2962).

Più esattamente, la necessità della predefinizione dell'*iter* decisionale tende viceversa a divenire maggiormente significativa:

- qualora i soci abbiano optato per un modello di amministrazione collegiale, cioè per un consiglio di amministrazione involgente tutti i soci,
- qualora i soci abbiano optato per un modello di amministrazione congiuntiva a maggioranza; in questa evenienza si prospetta anche la necessità di predefinire le condizioni dell'urgenza che, ai sensi dell'art. 2258 u.c., c.c., abilita ciascun amministratore a compiere da solo atti di gestione.

PARTE TERZA

LA SCIENZA ECONOMICA

L'ALLERTA E I QUADRI RISTRUTTURAZIONE PREVENTIVA

Assetti organizzativi e scienza aziendale: principi di organizzazione, principi contabili, indici di rilevazione

SOMMARIO: 1. L'inquadramento sistematico dei doveri previsti dall'art. 2086 c.c. – 2. L'adeguatezza degli assetti. – 3. La giurisprudenza e i profili di responsabilità. – 4. L'assetto organizzativo dell'impresa. – 5. L'assetto amministrativo. – 6. L'assetto contabile. – 7. Gli indici di rilevazione. – 8. Conclusioni.

1. L'inquadramento sistematico dei doveri previsti dall'art. 2086 c.c.

L'art. 375 del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 recante il nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza (c.c.i.i.) ha modificato l'art. 2086 c.c. mediante l'aggiunta del comma 2 ai sensi del quale *«L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale»*.

Ai sensi dell'art. 389 del citato decreto legislativo, la modifica è entrata in vigore il 16 marzo 2019 e non subisce alcun effetto sospensivo o differimenti della sua entrata in vigore.

A ben vedere, in realtà, l'obbligo di adottare adeguati assetti organizzativi non è una assoluta novità, essendo stato introdotto nel codice civile dalla riforma del diritto societario e, secondo alcuni interpreti, potendo essere ricavato anche prima della riforma, quale riflesso del più generale dovere di diligenza, che imporrebbe di dotare la società di un adeguato assetto organizzativo funzionale al fine di garantire corretti processi decisionali e gestionali. Con la riforma del diritto societario, infatti, tale dovere risulta espressamente codificato all'art. 2381 c.c., che (in particolare ai commi 3 e 5) prevede che il consiglio di amministrazione valuti, sulla base delle informazioni ricevute, l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; e gli organi delegati curino che tale assetto sia adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa.

Con il nuovo intervento normativo, si assiste ad una evoluzione ulteriore sul piano finalistico, in quanto al dovere di adottare adeguati assetti organizzativi viene attribuito una finalità ben precisa e più ampia, che è quella di consentire di rilevare tempestivamente la crisi e la perdita di continuità e di attivare tempestivi interventi per adottare gli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale. Pertanto, la finalità è duplice: di *rilevazione* (conoscibilità) e di *intervento* (decisione appropriata), con l'esigenza comune della tempestività. Naturalmente, l'obbligo di rilevazione concerne anche le imprese non in situazioni di crisi, quale corretto metodo di costante monitoraggio e di vigile consapevolezza dell'evoluzione aziendale.

Se è vero che a livello giuridico si parla di dovere dell'imprenditore, a livello economico gli assetti organizzativi costituiscono dei veri e propri *fattori di produzione*, che concorrono, anche se indirettamente, al conseguimento di ricavi e alla creazione di valore dell'impresa. Su questo non vi è alcun dubbio, in forza di una tradizione risalente a numerose autorità scientifiche, che hanno individuato nell'*organizzazione* il quarto fattore di produzione e nel *coordinamento* l'effettiva natura dell'impresa e la sua autentica funzione economica¹.

L'Economia Aziendale italiana, fin dal principio, ha peraltro definito l'azienda come una "coordinazione dinamica in atto", aderendo in pieno al filone del pensiero economico neo – istituzionalista internazionale².

Infine, Alfred Chandler, padre degli Studi di Strategia Aziendale³, ha precisato la funzione dell'"organizzazione" come condizione per la realizzazione delle strategie imprenditoriali. Senza assetti organizzativi l'impresa opera dunque non secondo la propria natura e la loro carenza costituisce senz'altro una potenziale causa di insuccesso imprenditoriale e di crisi aziendale.

¹ Il concetto di organizzazione come quarto fattore di produzione si deve originariamente a Alfred Marshall, padre dell'Economia Industriale. A sua volta, il premio Nobel per l'Economia 1991 Ronald Coase – a cui si deve la nascita dell'Economia del Diritto (*Law and Economics*): cfr. *Impresa, mercato e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2006 – fin dal suo contributo del 1937, *The Nature of the Firm*, pubblicato su "Economica", ha definito la natura dell'impresa come "*funzione di coordinamento delle attività economiche*". Tale concetto è stato quindi ripreso e ampiamente sviluppato successivamente dal premio Nobel per l'Economia 2009, Oliver Williamson (cfr. *Market and Hierarchies*, The Free Press, New York, 1985; *L'Organizzazione economica*, Il Mulino, Bologna, 1991).

² Cfr. GINO ZAPPA, *Tendenze nuove negli studi di Ragioneria*, Istituto Editoriale Scientifico, Milano, 1927, che costituisce il manifesto fondativo dell'Economia Aziendale, quale prolusione pronunciata a Venezia (Ca' Foscari, novembre 1927).

³ Cfr. ALFRED CHANDLER, *Strategia e struttura*, Franco Angeli, Milano, 1993.

Per meglio chiarire lo sviluppo interpretativo dei doveri introdotti dal secondo comma dell'art. 2086 c.c., può essere utile altresì una preliminare riflessione sulla modificazione della rubrica.

L'art. 375 c.c.i.i. ha infatti modificato il precedente titolo "Direzione e gerarchia nell'impresa" in "Gestione dell'impresa". Si tratta di un cambiamento non solo nominalistico, ma che per l'Economia Aziendale riveste precisi significati, evolvendo verso una visione *dinamica* e non più solo statica e strutturale dell'impresa.

La precedente rubrica esprimeva una configurazione "altra" rispetto all'impresa unitariamente intesa, ovverossia afferente ad una parte soltanto di essa, per l'appunto interna e parziale ("nell'impresa"), con una qualificazione essenzialmente strutturale e statica: quella di un profilo morfologico rappresentato dalla gerarchia.

La "gestione dell'impresa" esprime, innanzi tutto, la *totalità* della vita aziendale, quale sistema operativo unitario nello spazio e nel tempo e soprattutto una nozione "oggettiva", in quanto non riferita a soggetti, bensì al fluire ininterrotto e unitario dell'attività aziendale.

La caratteristica più importante della nuova rubrica è perciò la visione *dinamica* che essa esprime, di flusso, che evolve dall'evoluzione storica verso una naturale, ininterrotta, continuità prospettica.

Questo accento sulla *gestione* e quindi sul complesso unitario ed evolutivo del divenire dell'impresa, appare congruente con le finalità poi sviluppate nel rinnovato testo normativo del 2086 c.c., quando emerge senza dubbio il profilo di rischio circa l'eventualità della crisi e della perdita di continuità aziendale, essendo il rischio connaturale ad un fenomeno dinamico e complesso quale è la gestione d'impresa.

Posto che è la *gestione continuativa dell'impresa* l'oggetto di interesse e di tutela, in quanto aperta ai rischi⁴ appare quindi coerente, dal punto di vista aziendalistico, la previsione normativa di un dovere di salvaguardarla, ricorrendo ai fondamentali supporti, *organizzativi* e *informativi*, che secondo la triplice articolazione degli Studi Aziendali, tradizionalmente, sostengono in maniera sinergica la gestione stessa e che da essa ritraggono le specificità per la loro propria configurazione.

Va infatti precisato che l'Economia Aziendale, quale Scienza unitaria e sistemica e secondo propria finalità epistemologica, costituisce il momento logico (sulla base di principî generali) unificante delle Discipline specialistiche della *Gestione*, dell'*Organizzazione* e della *Rilevazione* (vale a dire la *Ragioneria*):

⁴ Cfr. UMBERTO BERTINI, *Introduzione allo studio dei rischi in Economia Aziendale*, Giuffrè, Milano, 1987, in cui si definisce l'azienda come "sistema di rischi".

discipline declinate sui peculiari tratti di una concreta gestione d'impresa (industriale, commerciale, di servizi, bancaria o altro), per assicurare una corretta amministrazione, essendo:

- a) la *Gestione*, il sistema di analisi e prescrizioni di corrette tecniche e metodiche di conduzione dei processi operativi industriali, commerciali, logistici, finanziari, variamente articolate per i diversi settori produttivi specialistici;
- b) l'*Organizzazione*, la declinazione della Gestione in termini "soggettivi", in quanto i vari processi e attività devono trovare una precisa attribuzione a specifici *soggetti competenti e responsabili* (l'organo amministrativo, la direzione aziendale, il management ai vari livelli decentrati), secondo il classico principio manageriale della "unicità di comando"⁵;
- c) la *Rilevazione* (definita fin dall'800 come "Scienza del Controllo della Gestione"), intesa come la rappresentazione contabile e qualitativa dei fatti gestionali dell'azienda, al fine della loro conoscibilità e comprensione da parte del management; ma al tempo stesso, in una sorta di processo circolare, quale supporto informativo e metodologico per una conduzione più razionale della gestione, anche tramite strumenti di preventivazione.

Pertanto, l'inquadramento dei contenuti del secondo comma dell'art. 2086 c.c. trova una coerente corrispondenza con l'inquadramento scientifico degli Studi Aziendali (Gestione, Organizzazione e Rilevazione) e delle relative declinazioni specialistiche di prassi manageriali e professionali.

2. L'adeguatezza degli assetti

Se il dettato dell'art. 2086, secondo comma, c.c. si esprime in termini di "doveri" dell'imprenditore, la posizione della Scienza aziendale è quella di considerare gli adeguati assetti in parola come veri e propri "fattori di produzione", che concorrono, seppur in via indiretta, alla generazione di ricavi e di flussi di cassa positivi per l'impresa, migliorandone le prestazioni e il grado di competitività⁶.

La norma in esame indica una clausola di carattere generale, dunque flessibile, che non appare prescrittiva di precisi comportamenti e scelte, ma lascia ampio margine di discrezionalità all'imprenditore nell'esplicazione dei richiesti doveri,

⁵ Cfr. PETER DRUCKER, *Manuale di Management. Compiti, responsabilità, metodi*, Etas, Milano, 2001.

⁶ Per ulteriori approfondimenti sulla progettazione degli assetti organizzativi si rinvia a PAOLO BASTIA, EDGARDO RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, in *Banca impr. soc.*, Il Mulino, Bologna, 2020; PAOLO BASTIA, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese: criteri di progettazione*, in *Ristrutturazioni aziendali*, luglio 2021.

indicando un principio generale: quello dell'“adeguatezza” dell'assetto, che ne esprime fin da subito la natura relativa e non assoluta.

Questo carattere di parziale relatività dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile appare del tutto corretto, in quanto rispondente sia alla complessità dell'assetto stesso e quindi alla numerosità e varietà dei possibili interventi progettuali e organizzativi concreti; sia alle specificità dei caratteri distintivi delle singole aziende, ciascuna delle quali rappresenta effettivamente un *unicum*, un'entità individuale e particolare, che esprime una propria storia irripetibile, un peculiare modello di *business*, un proprio sistema di relazioni intersoggettive interne ed esterne, con varietà di caratteri distintivi anche per le diverse combinazioni di settore di appartenenza, area territoriale, tecnologia, clientela servita, esperienze, prodotti e servizi, fattori produttivi tangibili e intangibili.

La relatività del principio di adeguatezza viene esplicitamente connessa dalla norma a due soli caratteri distintivi: la *natura* e la *dimensione* dell'impresa, che non solo non possono essere intesi in maniera esaustiva, bensì semplicemente enunciativa; ma che possiedono anch'essi dei confini indefiniti e vaghi.

La dimensione dell'impresa, infatti, risponde a diversi criteri astrattamente utilizzabili: il numero dei dipendenti, l'entità del fatturato, il totale dell'attivo patrimoniale; ovvero combinazioni di questi indici dimensionali o di altri ancora: posto che la dimensione dell'impresa esprime a sua volta un carattere relativo, rispetto a un paese, a un settore, a uno stadio di maturità di vita.

I parametri dimensionali introdotti con la Raccomandazione Comunitaria 2003/361/CE (GUUE L124 del 20.05.2003) ed il Decreto di recepimento del Ministero delle Attività Produttive del 18.04.2005 (GU 238/2005) per la definizione della dimensione aziendale di micro, piccola e media impresa utilizzano infatti tutti e tre i criteri sopra enunciati, ma hanno evidente carattere convenzionale e finalizzato a precise finalità di politica economica⁷.

	Micro impresa	Piccola impresa	Media impresa
a) Dipendenti	Meno di 10	Meno di 50	Meno di 250
b) Fatturato	Non superiore a Euro 2 milioni	Non superiore a Euro 10 milioni	Non superiore a Euro 50 milioni
	Oppure	Oppure	Oppure
c) Totale di bilancio	Non superiore a Euro 2 milioni	Non superiore a Euro 10 milioni	Non superiore a Euro 43 milioni

⁷ Cfr. Commissione Europea, *Guida dell'utente alla definizione di PMI*, Unione Europea, 2020.

Quanto alla *natura dell'impresa*, in senso economico l'interpretazione corretta è quella introdotta da tempo da Ronald Coase⁸, quale *struttura di coordinamento delle attività economica* e quindi come organizzazione efficiente. Questa autorevole nozione di impresa è particolarmente felice per le nostre finalità, perché pone al centro proprio la questione organizzativa, in quanto ne fa il fondamentale elemento caratterizzante dell'impresa stessa, la cui efficienza economica dipende proprio dall'*efficienza organizzativa* e non solo dalla più consueta considerazione dell'efficienza produttiva. Il riconoscimento dell'efficienza organizzativa dovrebbe anche fare riconsiderare l'equivoco (e la miopia) di valutare gli interventi organizzativi solo dal punto di vista della loro onerosità emergente nel momento della loro introduzione, trascurandone i prolungati vantaggi nel tempo, che ragionevolmente concorrono favorevolmente all'economicità di lungo periodo dell'impresa.

La complessità organizzativa è in parte collegata alla dimensione, specie nelle imprese a struttura decentrata, ma dipende da numerose altre variabili, strategiche e di sviluppo di relazioni interaziendali, di gruppo, di *partnership*, di *outsourcing*, di rete (dalla subfornitura all'affiliazione commerciale), di tipo consortile, attraverso le quali un'impresa anche non particolarmente dimensionata a livello individuale, può in concreto gestire elevate complessità organizzative su progetti e sistemi gestionali di più grande scala (si pensi alle società di ingegneria).

Queste considerazioni sono importanti per inquadrare la definizione di un adeguato assetto organizzativa anche in una dimensione extraaziendale, oltre i confini legali dell'azienda, quando l'impresa si avvale strutturalmente di relazioni durevoli di collaborazione e di cooperazione interaziendali e reticolari⁹.

La questione dell'adeguatezza degli assetti dell'impresa va però sviluppata secondo le consolidate categorie aziendalistiche e manageriali. La letteratura ormai sedimentata porta ad escludere che esista la soluzione organizzativa migliore in assoluto (*the one best way*), ma che invece si debba valutarne la rispondenza in ragione di specifiche variabili, situazionali (*contingency*), in grado di riflettere dei caratteri particolarmente significativi della gestione dell'impresa: la *tecnolo-*

⁸ Cfr. RONALD COASE (Premio Nobel per l'Economia 1991), *The Nature of the Firm*, "Economica", November 1937.

⁹ Sul tema del *networking*, delle alleanze tra imprese, delle *partnership* e quindi dei modelli organizzativi intermedi tra impresa monistica e mercato (ivi compresi i gruppi aziendali), si vedano: OLIVER WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, F. Angeli, Milano, 1988; R. FIOCCA, *Imprese senza confini*, Etas, Milano, 1987; nonché il nostro, *Gli accordi tra imprese*, Clueb, Bologna, 1989.

gia, la complessità interna, il grado di turbolenza dell'ambiente generale e competitivo specifico, ecc.

Secondo questo approccio relativo (o situazionale)¹⁰, ad esempio, nelle imprese a più forte complessità tecnologica (automotive, computer), prevalgono esigenze organizzative fortemente gerarchiche e di più elevata formalizzazione procedurale, contrariamente alla produzione a bassa tecnologia, di piccola serie (semiartigianale), che può convivere con soluzioni organizzative meno gerarchiche e formalizzate¹¹.

Guardando invece alle variabili dell'instabilità ambientale e della conseguente differenziazione delle attività all'interno dell'impresa, è stato osservato che¹², al crescere della loro intensità aumenta il fabbisogno di una più forte integrazione e quindi di un più elevato grado di meccanismi "forti" di coordinamento interno, divenendo insufficiente una mera collaborazione di tipo informale.

Tra tutte, non vi è dubbio che la variabile situazionale e progettuale più importante e autorevolmente riconosciuta è comunque quella *strategica*, vale a dire l'orientamento strategico prevalente dell'impresa, che tende a definire il modello di business in maniera durevole e a necessitare di una coerente struttura organizzativa per essere concretamente implementato¹³.

Il paradigma di fondo è quello che associa ad un certo tipo di strategia aziendale un determinato, coerente assetto organizzativo per poterne assicurare l'attuazione, altrimenti solo astrattamente pianificata e priva di efficace possibilità di realizzazione; divenendo pertanto la corretta progettazione di un idoneo assetto organizzativo la precondizione stessa dell'esito di una strategia e del conseguente successo aziendale; per contro, il mancato rispetto di questo paradigma può comportare il rischio dell'insorgere di una rilevante causa di crisi.

Da queste considerazioni emerge tutta la rilevanza del dettato dell'art. 2086, secondo comma, c.c., in quanto la corretta progettazione e attuazione di un adeguato assetto organizzativo è di per sé presidio non solo di rilevazione tempestiva della crisi, ma di prevenzione della crisi stessa.

¹⁰ Un'approfondita analisi delle teorie contingenti, nella prospettiva della progettazione organizzativa, è stata condotta da MAURIZIO DE CASTRI, *Progettare le organizzazioni. Le teorie e i modelli per decidere*, Edizioni Guerini e Associati, Milano, 2019.

¹¹ Cfr. JOAN WOODWARD, *Organizzazione industriale. Teoria e pratica*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1983.

¹² Cfr. PAUL LAWRENCE, LAY LORSCH, *Come organizzare le aziende per affrontare i cambiamenti tecnico-produttivi e commerciali*, F. Angeli, Milano, 1976.

¹³ Cfr. ALFRED CHANDLER, *cit.*

L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili va dunque risolta come *progettazione*¹⁴, ovvero sia disegno e configurazione rispondente alle strategie auspicabilmente deliberate formalmente dall'organo amministrativo o comunque storicizzate nel vissuto della prassi aziendale, annoverabili tra le opzioni strategiche note e affermate: i) strategie di integrazione verticale (a monte, a valle, laterale), con *strutture gerarchico-funzionali*; ii) di integrazione per sviluppo orizzontale di filiali, agenzie, punti vendita, con *strutture a succursali*; iii) di diversificazione per prodotti, per aree geografiche, per canali di vendita, con strutture *multidivisionali*; iv) di internazionalizzazione, con *strutture a holding*: considerando altresì le diverse varianti e combinazioni di queste strategie, che ciascuna impresa svilupperà nel caso concreto, discrezionalmente e in autonomia, secondo il principio di insindacabilità delle scelte gestionali dell'organo amministrativo.

Ne consegue che anche le opzioni organizzative, in quanto *conseguenti alle scelte strategiche*, vadano considerate anch'esse secondo i *principi di discrezionalità e di insindacabilità*, purché rispettino criteri di razionalità e di proporzionalità riconducibili sia a quanto espressamente indicato dalla novella normativa in termini di adeguatezza alla natura e alla dimensione dell'impresa, sia a quanto da tempo affermato dalla letteratura economica, specialmente di taglio organizzativo circa le idonee variabili progettuali.

Occorre poi interpretare che cosa si intenda esattamente per assetti organizzativi, amministrativi e contabili, per quanto attiene al loro contenuto, in prima approssimazione.

Nella concezione aziendalistica, si distingue la *struttura organizzativa* dai *sistemi operativi*, essendo la prima la dimensione morfologica, strutturale per l'appunto, dell'assetto aziendale; mentre i secondi costituiscono la dimensione fisiologica, funzionante, operativa dell'assetto dell'impresa.

La *struttura organizzativa* (o assetto organizzativo) esprime l'articolazione risultante dalla divisione interna (ma anche esterna) della gestione se ed in quanto attribuita ad una pluralità di soggetti aziendali, generalistici (alta direzione) e specialistici (manager di aree funzionali ai vari livelli nelle strutture decentrate), secondo criteri di efficacia e di efficienza¹⁵, che coinvolgono anche l'organizzazione fisica dell'impresa (localizzazione, layout, disegno dei flussi di lavoro).

¹⁴ Cfr. HENRY MINTBERG, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Il Mulino, Bologna, 1996.

¹⁵ Trattasi di criteri universalmente affermati nelle organizzazioni moderne, codificati dalla Scuola di Harvard. Cfr. per tutti ROBERT ANTHONY, *Sistemi di pianificazione e controllo. Schema di analisi*, Etas, Milano, 1978. L'Autore connota l'assetto organizzativo di precise finalità di *efficacia* (perseguimento degli obiettivi) e di *efficienza* (gestione delle risorse), responsabilizzandone il management.

I *sistemi operativi* rappresentano i meccanismi di funzionamento, attraverso i quali i soggetti individuati nell'ambito della configurazione strutturale devono operare (momento gestionale) e devono comunicare (momento informativo), quali: sistema delle deleghe, politiche aziendali (*policies*), linee guida, direttive, regolamentazione interna, procedure operative interne, protocolli, sistemi di controllo interno, analisi e controllo dei rischi, verifiche di conformità, sistemi di autovalutazione degli organi sociali, sistemi di valutazione del personale, sistemi di remunerazione e di incentivazione (sistemi premiali e sanzionatori), architetture e sistemi informativi.

Struttura organizzativa e sistemi operativi costituiscono dunque le due dimensioni, morfologica e fisiologica, degli assetti organizzativi.

Per *assetto amministrativo* si deve invece intendere l'insieme dei meccanismi operativi (gestionali) funzionali ad una corretta gestione, quali i sistemi integrati a supporto della gestione, i supporti informatici specifici per le gestioni logistiche, produttive, distributive, finanziarie, delle risorse umane; i manuali operativi; i dispositivi di controllo operativo delle attività (per lo più informatizzati); i software applicativi gestionali; la modulistica; la documentazione accompagnatoria dei flussi logistici (schede, bolle, registri); le procedure per la qualità; i controlli operativi (informatici e manuali) con le segnalazioni di anomalia; le procedure per la qualità, i dispositivi per la sicurezza e per la conformità alle norme di settore; i percorsi formativi e di addestramento; nonché le prassi operative, ancorché non pienamente formalizzate.

Per *assetto contabile* si deve invece intendere il sistema di rilevazione contabile, in quanto espressamente indicato dal dettato normativo; ma che ben potrebbe essere integrato, in una visione aziendalistica, anche dall'accesso a informazioni extracontabili interne (gestionali, commerciali, tecniche, qualitative) ed esterne (*benchmarking* dei concorrenti, banche dati, analisi settoriali), comunque riconducibili ad una disamina dell'*economicità* dell'impresa nei suoi vari aspetti.

L'assetto contabile, sia consuntivo che preventivo, per soddisfare le più evolute esigenze manageriali interne, ma anche per rispondere alle esigenze di allerta sul rischio di crisi e di probabilità di insolvenza, va declinato in due modi: a carattere generale (bilanci storici e bilanci previsionali), a carattere analitico (reportistiche per linee di prodotti, per aree geografiche, per tipologie di clienti, ecc.), con appropriati profili interpretativi, grafici e di commento qualitativo.

3. La giurisprudenza e i profili di responsabilità

In considerazione della discrezionalità concessa a livello normativo e dell'ampiezza tecnico-aziendale delle opzioni circa le possibili configurazioni degli as-

setti organizzativi, amministrativi e contabili, è necessario chiedersi se e come la regola della *business judgement rule*, sorta e affermata con specifico riferimento alle scelte imprenditoriali degli amministratori, possa applicarsi anche alle scelte «organizzative» da loro poste in essere.

Secondo ripetute sentenze del Tribunale di Roma¹⁶, “a tale domanda deve darsi risposta affermativa, partendo proprio dalla formulazione del già citato art. 2381 c.c., che pone a carico degli amministratori il dovere di curare l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società. In tale prospettiva, in estrema sintesi, si deve evidenziare che la funzione organizzativa rientra pur sempre nel più vasto ambito della gestione sociale e che essa deve necessariamente essere esercitata impiegando un insopprimibile margine di libertà, per cui le decisioni relative all’espletamento della stessa vengono incluse tra le decisioni strategiche. In altre parole, la predisposizione di un assetto organizzativo non costituisce l’oggetto di un obbligo a contenuto specifico, ma al contrario, di un obbligo non predeterminato nel suo contenuto, che acquisisce concretezza solo avuto riguardo alla specificità dell’impresa esercitata e del momento in cui quella scelta organizzativa viene posta in essere”.

Ne consegue, secondo le motivazioni della sentenza del settembre 2020, “che tale obbligo organizzativo può essere efficacemente assolto guardando non tanto a rigidi parametri normativi (non essendo enucleabile dal codice un modello di assetto utile per tutte le situazioni), quanto ai principi elaborati dalle scienze aziendalistiche ovvero da associazioni di categoria o dai codici di autodisciplina”.

Pertanto, le soluzioni progettuali e attuative degli assetti organizzativi, fatti salvi i profili di legittimità, devono risultare coerenti con i canoni scientifici dell’Economia Aziendale e più esattamente delle discipline aziendalistiche specialistiche (Organizzazione, Management, Pianificazione e controllo, Ragioneria), per orientare in maniera razionale e non arbitraria le discrezionalità che il legislatore ha opportunamente rappresentato, coerentemente con la natura particolare della singola azienda, con le sue specificità derivanti dal suo percorso storico evolutivo, dal suo modello di business, dalla propensione tecnologica, dall’elemento soggettivo delle risorse umane presenti, dal particolare ambito competitivo.

Così, l’esistenza di un ambito discrezionale in cui gli amministratori possono compiere le loro scelte aventi carattere organizzativo deriva dal fatto che il legislatore ha utilizzato come criterio la clausola generale dell’adeguatezza – dunque, una *clausola elastica* – e pertanto la scelta organizzativa rimane pur sempre una scelta gestionale (*rectius*, strategica), per la quale vale il criterio della insindaca-

¹⁶ Cfr. Trib. Roma, 8 aprile 2020 e Trib. Roma, 15 settembre 2020.

bilità, purché la scelta effettuata sia razionale, non manifestamente imprudente, tenuto conto del contesto e con le cautele richieste dalla diligenza necessaria.

Di conseguenza, mentre da un lato appare certo che la mancata adozione di qualsivoglia misura organizzativa comporti di per sé una responsabilità dell'organo amministrativo, dall'altro lato si reputa assoggettabile a sindacato giudiziale la struttura organizzativa predisposta dagli amministratori *nei limiti e secondo i criteri della proporzionalità e della ragionevolezza* (secondo i criteri della adeguatezza): ciò al fine di verificare se la soluzione organizzativa adottata possa risultare idonea a far emergere gli indici della perdita della continuità aziendale e se la tipologia degli interventi scelta dall'organo amministrativo sia ragionevole e non manifestamente irrazionale. Appare evidente che tale verifica andrà effettuata sulla base di una valutazione degli amministratori e del management *ex ante*, adottando un approccio gestionale *orientato al futuro*, sulla base di selezionate informazioni predittive, tenendo conto delle informazioni conosciute o conoscibili dall'amministratore, andando anche oltre i dati consuntivi e attuali.

Ne può verosimilmente conseguire il fatto che potrebbe considerarsi responsabile l'amministratore che ometta *in toto* di approntare una qualsivoglia struttura organizzativa, rimanendo inerte di fronte a chiari e percepiti segnali rivelatori di una situazione di crisi o di pre-crisi, tali da renderla conoscibile all'organo amministrativo, direttamente o indirettamente (attraverso la mediazione del management e delle reportistiche manageriali).

Per contro, come eventuale fattore esimente, non potrebbe ritenersi responsabile l'amministratore che abbia predisposto scientemente delle soluzioni organizzative che, con una valutazione *ex ante*, apparivano ragionevolmente adeguate, secondo le sue conoscenze e secondo gli elementi a sua disposizione, a verificare tempestivamente la perdita della continuità aziendale, in virtù di metodi, di supporti, di informazioni ritenuti corretti secondo le specifiche discipline aziendalistiche e la prassi affermata.

Ancora, non dovrebbe ritenersi responsabile l'amministratore che, pur avendo tempestivamente rilevato, attraverso la struttura organizzativa predisposta, il venir meno della continuità aziendale, ponga in essere degli interventi che solo successivamente si rivelino insufficienti ad evitare la degenerazione della crisi, purché tali interventi, essendo condotti diligentemente sulla base di una valutazione *ex ante*, non risultino manifestamente irrazionali ed ingiustificati.

In concreto, agli *amministratori*, quali soggetti apicali della società, competono prerogative e responsabilità di valutazione dei fabbisogni, di progettazione e di realizzazione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società, mentre il *collegio sindacale* dovrà vigilare sull'effettività e sull'efficacia di questi impegni, nonché proprio sull'adeguatezza conformemente al dettato dell'art. 2403 c.c.

In materia di adeguati assetti organizzativi si sta formando una interessante giurisprudenza, oltre a quella richiamata dal Tribunale di Roma¹⁷.

4. L'assetto organizzativo dell'impresa

L'assetto organizzativo, *stricto sensu*, dell'impresa, come si è detto, attiene sia all'aspetto strutturale, morfologico, che quindi caratterizza la configurazione aziendale stabilmente, ancorché in ottica dinamica debba essere opportunamente sottoposto, nel tempo, a revisione e riadeguamento; sia al funzionamento dei sistemi operativi per lo più improntati alle esigenze di correttezza e di conformità e allo sviluppo delle competenze interne del management e del personale.

È stato precisato che il rapporto dell'assetto organizzativo è quello di variabile dipendente rispetto a variabili indipendenti rilevanti, che oltre alla natura e alla dimensione dell'impresa, vanno preferibilmente individuate nella strategia aziendale prospettata, venendosi così a configurare strutture gerarchico-funzionali, strutture orizzontali "a succursali", strutture multidivisionali, strutture a matrice, strutture *ad hoc*, nonché varianti e combinazioni di queste: ciò a seconda dell'orientamento strategico adottato, integrato (verticalmente o orizzontalmente), diversificato, per progetti, per sviluppo internazionale.

La struttura organizzativa trova un grado di formalizzazione nell'*organigramma*, inteso come disegno dell'articolazione delle posizioni e dei vari ruoli manageriali secondo linee gerarchico verticali, ovvero non gerarchiche e orizzontali (con diverse varianti e soluzioni miste), a seconda dell'orientamento strategico di fondo. Il grado di dettaglio dell'organigramma dipenderà dalla divisione interna del lavoro e dal livello di profondità delle deleghe e dei poteri, nonché dei corrispondenti livelli di responsabilità formale ed esplicita, anche con eventuali sistemi incentivanti associati.

Importante profilo dell'organigramma è dunque quello della *responsabilizzazione formale*, intesa come attribuzione di responsabilità univoche, secondo il classico principio manageriale dell'*unicità di comando*, volto ad assegnare la responsabilità sulle risorse aziendali (umane, tecnologiche e finanziarie) assegnate a ciascuna posizione manageriale in via esclusiva, al fine di assicurarne la migliore controllabilità e la più efficiente ed efficace utilizzazione. Si tratta di

¹⁷ Si veda in proposito Cass. 6 agosto 2019, n. 21017, relativamente alla carente organizzazione di una SGR, priva di presidi idonei a ridurre al minimo il rischio di conflitti d'interesse nelle decisioni d'investimento. Ancora, cfr. l'ordinanza del Tribunale delle Imprese di Venezia del 16 dicembre 2020, circa "l'obbligo di adottare assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura dell'attività svolta e alle dimensioni dell'attività".

un disegno che intende assicurare la migliore allocazione delle risorse aziendali, attribuendole *soggettivamente* a manager responsabili ai vari livelli della struttura organizzativa, evitando sovrapposizioni, ridondanze, confusione nelle attribuzioni, eccessi e carenze di risorse. Va precisato che il canonico principio di unicità di comando, per quanto prevalente nella prassi, non è totalizzante, in quanto esistono configurazioni organizzative dinamiche, come quelle matriciali e quelle per processi, che valorizzano le congiunzioni e le condivisioni di risorse.

L'organigramma, con l'indicazione nominalistica delle coperture soggettive delle aree funzionali aziendali (o di altre modalità di articolazione), fa emergere con immediatezza visiva la coerenza sistematica dell'intero assetto organizzativo dell'impresa e la presenza di eventuali posizioni scoperte o ricoperte *ad interim* da altro soggetto, con evidenza delle conseguenti carenze organizzative, della loro persistenza (sulla base della datazione dell'organigramma) e della loro importanza relativa: quindi dei rischi organizzativi in presenza di ruoli plurimi ricoperti dallo stesso soggetto.

Il disegno delle posizioni, dei poteri e delle responsabilità organizzative trova completo grado di formalizzazione attraverso il *funzionigramma*, che costituisce l'approfondimento di dettaglio, per ciascun ruolo, delle competenze richieste, dei compiti attribuiti, delle modalità di espletamento degli stessi, delle risorse assegnate, degli obiettivi: assegnati dall'alto o negoziati, a seconda dello stile di direzione adottato, verticistico nel primo caso; negoziale o partecipativo nel secondo caso.

Un fondamentale momento che completa l'espressività, ma soprattutto la carica incentivante dell'assetto organizzativo, incrementandone il grado di responsabilizzazione formale e di "modellizzazione", è quello della *definizione dei parametri-obiettivo*.

Questo momento è importantissimo anche ai fini della rilevazione tempestiva della crisi, perché associa il momento organizzativo in senso stretto con il momento della *rilevazione*, a dimostrazione che trattasi di aspetti solo astrattamente separabili, ma che in realtà vanno colti a sistema, unitariamente.

Secondo il classico modello della Scuola di Harvard¹⁸, infatti, ciascun ruolo manageriale deve agire secondo criteri di *efficienza* (intesa come governo delle

¹⁸ La formalizzazione, nel quadro di un assetto organizzativo, di precise e univoche responsabilità economiche – tali in quanto misurate da obiettivi di budget e da risultati consuntivi espressi attraverso "parametri-obiettivo" – definisce i "centri di responsabilità economica", quali ad esempio centri di costo, centri di ricavo, centri di profitto. Su questa basilare e diffusissima articolazione per centri di responsabilità si rimanda al fondamentale lavoro di ROBERT ANTHONY, JOHN DEARDEN e RICHARD VANCIL, *Management Control Systems*, Irwin, Homewood, 1965 (varie ed. fino al 2007).

risorse aziendali o input produttivi) e di *efficacia* (intesa come perseguimento dei risultati aziendali o output produttivi), a seconda delle proprie specializzazioni dei compiti, utilizzando come riferimento e misura prestazione un parametro economico (*parametro-obiettivo*): di costo per i ruoli industriali e logistici; di ricavo, per i ruoli commerciali; di profitto, per i ruoli di general management (direttori generali, capi divisione, capi progetto, capi commessa).

Nasce così una mappa dei centri di responsabilità economica: *centri di costo*, *centri di ricavo*, *centri di profitto* e altri, in ragione degli specifici parametri obiettivo identificativi delle prestazioni dei vari manager aziendali.

- a) I centri di costo, tipicamente i più numerosi, si identificano con i reparti di produzione, di logistica, di approvvigionamento, nonché con gli uffici e le unità di servizi tecnici; i parametri obiettivo sono espressi in termini di *costi* di produzione, o di approvvigionamento, o di servizi: evidenziando così i livelli di efficienza raggiunta o mancata per ciascun reparto o ufficio;
- b) i centri di ricavo attengono ai punti vendita, alle zone di vendita, alle aree commerciali, ai canali commerciali (diretti e indiretti, di *e-commerce*); i parametri obiettivo sono misurati in termini di *ricavi*, segnalando in questo modo i livelli di efficacia conseguiti o meno da ciascuna unità organizzativa commerciale;
- c) i centri di profitto concernono unità complesse, quali l'intera impresa o intere divisioni aziendali e i parametri obiettivo sono definiti da *conti economici a risultati lordi* (risultati operativi) per ciascun centro di profitto, mostrando quindi il conseguimento di una soddisfacente redditività o di uno squilibrio economico.

È evidente dunque che i segnali di una crisi incipiente sono colti tempestivamente e in modo ben localizzato grazie all'assetto organizzativo *se ed in quanto completo delle informazioni dei parametri-obiettivo* e del loro pieno o parziale, ovvero mancato conseguimento. La crisi localizzata può quindi essere meglio e prontamente circoscritta (a livello di un reparto, a livello di una produzione, a livello di singoli negozi), prima che si propaghi all'intera azienda e prima che generi danni cumulativi.

Dal punto di vista del metodo, i parametri-obiettivo costituiscono, per ciascuna posizione nell'organigramma, in via preventiva un obiettivo espresso in grandezze economiche (budget), a cui corrisponde poi, nel momento della consuntivazione, una corrispondente misurazione economica di risultato (costo o ricavo o margine effettivo): potendo così evidenziare un eventuale scostamento, favorevole o sfavorevole, che agisce dunque da "allerta" ("cruscotto" nel gergo aziendale) di corretta o anomala gestione di ciascun centro e di ciascun reparto o unità organizzativa aziendale.

Nelle PMI questa mappa dei centri di responsabilità assume una struttura assai più semplificata, ma è comunque raccomandabile, perché va ad integrare la cultura del mero “controllo a vista” con l’adozione di metodi organizzativi professionalmente raccomandati, attivando una rilevazione relativamente semplice di dati economici diffusi, particolarmente utili per l’imprenditore e per i suoi collaboratori.

Si va dunque in questo modo verso un dispositivo di “allerta interna diffusa”, decentrata, con immediato riflesso sulle possibilità di valutazioni di anomalie, diseconomicità, fattori di crisi: colti però in situazioni ancora limitate, parziali, localizzate e quindi con possibilità di circoscrivere un fenomeno di criticità prima della sua amplificazione e soprattutto con l’attenzione del soggetto deputato alla sua valutazione e alla sua pronta sistemazione, vale a dire il responsabile diretto, ricorrendo al vertice per le opportune segnalazioni.

5. L’assetto amministrativo

L’assetto amministrativo, colto nella sua dimensione più completa, costituisce il “sistema dei supporti per una gestione corretta, razionale e competitiva”. Si tratta quindi di una molteplicità e varietà di soluzioni, formalizzate e tradotte prevalentemente su supporti informatici, volte ad ottimizzare la gestione complessiva dell’impresa e delle sue parti (progettuale, industriale, commerciale, logistica, di approvvigionamento, di ricerca e sviluppo, finanziaria, del personale, amministrativa in senso stretto, fiscale).

La correttezza e l’efficienza gestionale richiedono l’adozione di sistemi interni di regolamentazione, di procedure, di sistemi di controllo operativo interno, assistiti da supporti metodologici e, nelle imprese più dimensionate, di ruoli specialistici.

Pertanto, l’assetto amministrativo ricomprende idealmente l’insieme dei supporti, cartacei e informatici, per l’*intera gestione integrata*, vista in tutti i suoi processi, dal *ciclo passivo* (relazioni con i fornitori) al *ciclo attivo* (relazioni con la clientela): sistemi CAD CAM, distinte base e standard di lavorazione nell’area produzione; analisi e supporti di tempi e metodi di lavorazione; registri di carico e di scarico di magazzino; registri delle manutenzioni; registri dei rifiuti; strumenti per la preventivazione; contrattualistica commerciale e con i fornitori, con i vari listini prezzi e le scontistiche; gestione degli ordini e delle consegne; informativa per la clientela, format informatizzati; codifiche di accesso all’operatività e ai dati gestionali; manuali operativi; modulistica; ecc.

Si tratta di supporti che, a livello evoluto, specie nelle imprese meglio strutturate, sono assicurati dall’implementazione di sistemi gestionali integrati, del

tipo ERP (*Enterprise Resource Planning*) e simili, indispensabili per le aziende ad elevata complessità. Nelle aziende minori prevalgono senz'altro le prassi, che possono tuttavia essere almeno parzialmente tradotte in procedure formalizzate, migliorando l'organizzazione dell'attività e l'efficienza complessiva in un'ottica sistemica: vantaggi innegabili che possono più che compensare le remore e le resistenze circa i costi emergenti e la temuta burocratizzazione delle aziende minori.

La relazione specifica tra l'adeguato assetto amministrativo (inteso come gestione organizzata, dalla fase approvvigionamenti, fino a quelle produttiva e commerciale) e le possibilità di emersione tempestiva della crisi consiste nella dotazione di un sistema di supporti integrati che assicura una maggiore affidabilità della gestione stessa, riducendo di per sé il rischio di crisi e di perdita di continuità.

Questo sistema, inoltre, è in grado di fornire in maniera continuativa e concomitante e quindi con la massima prontezza, svariati indizi, per l'appunto "gestionali" (tecnici e non monetari), che in tutte le fasi della gestione operano da sensori, anche involontari, di anomalie e criticità: ritardi, guasti macchine, difetti di lavorazione, non conformità delle consegne con gli ordini, disallineamenti, turnover del personale, mancanza di dati, mancanza di referenze a magazzino o eccedenze di scorte; statistiche della clientela; ecc.

L'effetto cumulativo e di propagazione di questi fenomeni critici e al tempo stesso segnaletici può sedimentare e accentuare latenti stati di crisi che, se immediatamente intercettati e precisamente localizzati, possono salvaguardare al meglio e contestualmente l'economicità aziendale: si tratta di quelli che la letteratura di *crisis management* definisce "segnali deboli" (*weak signals*), particolarmente rilevanti per la loro tempestività e capillarità all'interno della gestione dell'impresa e che possono essere tradotti in *routine* di reportistiche periodiche per l'alta direzione.

6. L'assetto contabile

L'assetto contabile può presentare crescenti livelli di complessità e di sofisticazione metodologica: pertanto la sua adeguatezza risponde strettamente alle esigenze strategiche dell'impresa.

La esplicita finalizzazione alla rilevazione tempestiva della crisi, ma non solo, impone l'adozione di idonee contabilità preventive, con l'introduzione o il potenziamento degli strumenti di pianificazione e di budget.

Prima ancora di chiarire il contenuto preventivo e predittivo della strumentazione contabile, va precisata la gamma di soluzioni metodologiche applicabili, al di là della contabilità generale obbligatoria per la formazione del bilancio d'eser-

cizio, la quale peraltro va opportunamente riadeguata per esigenze di redazione di bilanci infraannuali (mensili o trimestrali).

Il criterio di progettazione della contabilità più importante, per realizzare efficaci strumenti di allerta, che integrino e superino l'informativa solo generale del bilancio d'esercizio, è quello dell'*articolazione*, cioè dell'estensione dei riferimenti di misurazione contabile (economica, soprattutto), attraverso l'analisi dei dati economici (ricavi, costi e margini intermedi¹⁹) per i diversi prodotti, le diverse aree territoriali, le diverse tipologie di clienti, le diverse fasi di lavorazione, i diversi centri di costo e di profitto, in cui in concreto si snoda la gestione aziendale, a seconda delle sue strategie.

Queste analisi, continuative e sistematiche, consentono di conoscere le aree di diseconomicità all'interno dell'unitaria gestione, che non emergono nell'informativa del bilancio d'esercizio (ad esempio, produzioni in perdita compensate da produzioni con utili).

La strumentazione in parola è la *contabilità analitica* consuntiva, che deve essere integrata con la contabilità generale, ma che può essere tenuta secondo svariati procedimenti metodologici, anche con notevoli *semplificazioni accessibili alle piccole imprese* (come mero ampliamento della contabilità generale), per poi raggiungere livelli di sviluppo assai più complessi attraverso il supporto di soluzioni informatiche quali gli applicativi contabili dei sistemi ERP (*Enterprise Resource Planning*), in grado di fornire non solo varietà e numerosità di reportistiche economiche, patrimoniali e finanziarie, con corredi di indici e di grafici; ma di incrementare notevolmente la tempestività delle rilevazioni contabili (non consentite in contabilità generale), mediante le contabilizzazioni preventive (anticipatorie delle fatture) di impegni, di ordini, di standard produttivi.

La contabilità analitica, dunque, oltre a realizzare un *sistema di allerta diffuso*, capillare e potenzialmente caleidoscopico per qualsiasi esigenza di analisi e di dettaglio e per qualsiasi posizione manageriale, può soddisfare al meglio quelle esigenze di tempestività di rilevazione, di rappresentazione e di conoscibilità al management di eventuali fattori di crisi, consentendo prontezza di sistemazione.

Va da sé che gli adeguati assetti contabili sono obbligatori anche per le imprese sane e come supporti continuativi per la gestione aziendale indipendentemente dalla prevenzione della crisi, concorrendo al successo imprenditoriale come fattore stesso di produzione.

¹⁹ Si possono opportunamente determinare, prima del risultato netto, il valore aggiunto, il MOL (margine operativo lordo) o EBITDA (*Earning Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*), l'EBIT (*Earning Before Interest and Taxes*), il NOPAT (*Net Operating Profit After Taxes*). Cfr. il nostro, *Sistemi di pianificazione e controllo*, Il Mulino, Bologna, 2009.

Correttamente, solo in presenza di una sviluppata contabilità analitica può essere progettato un sistema di contabilità preventiva integrato, perché altrimenti non avrebbe possibilità di controllo (*ex post*) degli obiettivi di piano e di budget, secondo l'accoppiamento obiettivi-risultati. Tale sistema di contabilità preventiva va dunque a replicare, con dati futuri, l'impianto stesso della contabilità analitica: per prodotti, per aree, per clienti, per canali di vendita, per centri di responsabilità, ecc.

Il contributo degli strumenti preventivi è quello di realizzare in azienda, sia tecnicamente che culturalmente, un *orientamento al futuro*, che deve condizionare il comportamento concreto del management e dell'organo amministrativo, il quale ultimo dovrà approvare, nelle imprese maggiori, piani strategici e budget prima dell'inizio dell'esercizio di riferimento e avvalersi di tali strumenti in corso d'anno:

- piani strategici, per guidare i processi innovativi e competitivi dell'impresa nel medio periodo, completi di piani economici (industriali), finanziari e patrimoniali pluriennali;
- budget economici, finanziari e patrimoniali d'esercizio, che formano nell'insieme il bilancio preventivo;
- budget di tesoreria, mensilizzato e dettagliato, per flussi di entrate e di uscite di brevissimo periodo, con stima del livello di liquidità e dei saldi bancari per ogni fine mese;
- proiezioni a finire (a fine esercizio) riformulate mensilmente in corso d'anno, con eventuale revisione del budget iniziale per il periodo a finire;
- simulazioni dei dati di budget per verificarne gli effetti modificativi in presenza di nuove assunzioni, ipotesi e imprevisti;
- analisi degli scostamenti tra dati preventivi e corrispondenti dati consuntivi, per alimentare le reportistiche periodiche circa il conseguimento o meno degli obiettivi in termini di risultati effettivi, al fine di stimolare eventuali rimedi e correzioni in presenza di scostamenti sfavorevoli.

7. Gli indici di rilevazione

L'art. 2086, secondo comma, c.c., ha introdotto l'obbligo di rilevazione tempestiva della crisi, come estensione di un generale dovere di vigilanza basata su idonee informazioni.

L'art. 13 c.c.i.i. ha introdotto gli indicatori della crisi, molto correttamente individuati negli squilibri economico, finanziario e patrimoniale, nonché gli indici rivelatori di tali squilibri e della perdita della continuità aziendale.

Ha poi indicato, in via del tutto enunciativa, un paio di indici ritenuti significativi: quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con

i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi.

Infine, ha incaricato il CNDCEC di elaborare idonei indici presuntivi dello stato di crisi dell'impresa. Il CNDCEC ha poi prodotto un documento in data 20 ottobre 2019²⁰, proponendo come indici significativi il patrimonio netto negativo risultante dal bilancio d'esercizio e il DSCR (*Debt Service Coverage Ratio*): un quoziente che pone al numeratore il flusso netto di cassa previsto nei sei mesi successivi e al denominatore il rimborso dei debiti atteso per il medesimo periodo.

In alternativa, si adottano i seguenti 5 indici, con soglie diverse a seconda del settore di attività, che devono allertarsi tutti congiuntamente:

- a. *indice di sostenibilità degli oneri finanziari*, in termini di rapporto tra gli oneri finanziari ed il fatturato;
- b. *indice di adeguatezza patrimoniale*, in termini di rapporto tra patrimonio netto e debiti totali;
- c. *indice di ritorno liquido dell'attivo*, calcolato come rapporto tra *cash flow* e totale attivo;
- d. *indice di liquidità*, basato sul rapporto tra attivo a breve termine e passivo a breve termine;
- e. *indice di indebitamento previdenziale e tributario*, in termini di rapporto tra l'indebitamento previdenziale e tributario e l'attivo.

La prima considerazione da fare è che tutti gli indici, ad eccezione del DSCR (che mette a rapporti dati preventivi desunti da un budget finanziario), sono indici di bilancio: pertanto presentano i limiti di un'informazione non solo consuntiva, ma assai tardiva e non certo tempestiva e comunque di carattere solo generale e non analitico.

Quanto alla significatività, il patrimonio netto negativo è tipicamente un segnale di avanzata decozione e quindi contraddice nella sostanza l'esigenza di tempestività rispetto al fenomeno della crisi incipiente. Assai più espressivo è invece l'indice proposto dal legislatore, quello che pone a rapporto i mezzi propri con i mezzi di terzi, ovviamente da valutare circa il suo concreto valore numerico, rapportato alla specifica situazione aziendale, all'evoluzione storica e al ciclo di vita dell'impresa (*start up*, ovvero impresa matura).

Gli indici proposti dal CNDCEC come alternativa ai due principali sono, come detto, indici di bilancio, quindi sempre e inevitabilmente tardivi rispetto al fenomeno indagato. Inoltre, sono stati proposti con i riferimenti parametrici di standard settoriali: a tale proposito, si sa bene che i settori sono vasti aggregati di

²⁰ Cfr. CNDCEC, *Crisi d'impresa. Gli indici di allerta*, ottobre 2019.

imprese, anche convenzionali, per cui le comparazioni hanno oggettivamente un valore segnaletico assai vago e impreciso e la loro utilità può essere ragionevolmente accolta come esame di prima, larga approssimazione, ma non come affidabili indizi per giudicare la situazione specifica di un'impresa, i cui caratteri distintivi sono sempre unici e particolari. Va precisato che la proposta di introdurre dei riferimenti a standard generali (settoriali) non trova rispondenza in dottrina²¹, la quale anzi si pone tradizionalmente in posizione critica, a fini interpretativi, rispetto all'utilizzazione di parametri astratti e generali (come quelli settoriali) o a vaghi *range* di riferimento, preferendo semmai il ricorso al *benchmarking* (comparazioni competitive) con selezionati e omogenei concorrenti dell'impresa²².

Quanto alla loro valenza metodologica, va detto che, a parte l'indice di adeguatezza patrimoniale e l'indice di liquidità, gli altri tre dei cinque indici proposti non trovano particolare riscontro nella letteratura e quello del debito tributario e previdenziale, oltre ad essere assai specifico, appare di tipo puramente empirico e rappresenta una mera declinazione dell'indice di adeguatezza patrimoniale.

Il rapporto tra oneri finanziari e fatturato, in particolare, riflette in maniera solamente indiretta l'indebitamento, peraltro circoscritto a quello solamente bancario; ma poi è un mero dato relativo di costo, tra i tanti, ricavabili del conto economico espresso a valori percentuali.

Tutti gli indici proposti hanno natura essenzialmente finanziaria e nessuno di questi possiede rilevanza prettamente economica, ancorché l'art. 13 giustamente sia attento allo squilibrio economico, anche perché non solo è determinante in sé, ma tipicamente rappresenta l'origine della crisi e anticipa lo squilibrio finanziario, possedendo quindi una maggiore rilevanza nell'ottica della tempestività.

Più in generale, gli indici selezionati, oltre ad essere numericamente insufficienti, ignorano totalmente sia la contabilità analitica che i piani e i budget (ad eccezione del DSCR) e quindi ben raramente possono avere una valenza strumentale per la rilevazione anticipata della crisi e della probabilità di insolvenza. Questo aspetto contraddittorio sembra osservante di una situazione statica del sistema delle imprese italiane, *tel quel*, senza intravedere ancora un'evoluzione verso il riadeguamento degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili: profilo quest'ultimo che, a livello sistematico, non sembra considerato dalla proposta degli indici da parte dell'organismo professionale o comunque non risulta coordinato.

²¹ Cfr. L. FERRERO, F. DEZZANI, *Manuale delle analisi di bilancio. Indici e flussi*, Giuffrè, Milano, varie ed.; O. PAGANELLI, *Analisi di bilancio, Indici e flussi*, Utet, Torino, 1991.

²² Cfr. U. BOCCHINO, *Manuale di benchmarking*, Giuffrè, Milano, 1994; G. WATSON, *Il benchmarking. Come migliorare i processi e la competitività aziendale*, Franco Angeli, Milano, 2000.

Appare chiaro che il percorso dell'adeguamento degli assetti che si traduce anche in assetti contabili orientati al futuro e filtrati sulle specifiche aree di risultato dell'impresa, ben oltre il solo bilancio d'esercizio, apre a possibilità di selezione di *indici anche predittivi*, che valorizzano gli strumenti contabili stessi in ottica interpretativa e forniscono agli amministratori indici sia sui fattori di successo e competitivi, sia, quando occorra, segnali anticipatori di una prima manifestazione della crisi, non ancora declinata all'insolvenza.

Parliamo allora di indici reddituali e finanziari per singole linee (o famiglie) di prodotti, per specifiche aree geografiche e per categorie di clienti; di indici di onerosità dei costi per specifiche produzioni e commesse; di indici di durata delle dilazioni a clienti e fornitori (per tipologie di clienti: di pensi a vendite al piccolo dettaglio e invece alla grande distribuzione organizzata); di rapporti tra flussi netti di cassa (*cash flow* operativi) calcolati per specifiche produzioni (o commesse) e il capitale circolante specifico per singoli business (non solo quello generale dell'impresa); ma soprattutto di indici preventivi, desunti dai bilanci previsionali, in conformità alla stessa genesi degli indici, che storicamente nascono nelle imprese proprio in ottica preventiva e analitica²³.

8. Conclusioni

Riteniamo in definitiva che le scelte del legislatore di potenziamento delle condizioni di competitività e di durabilità dell'impresa, poste come prescrizione normativa, rispondano anche ad una visione moderna dell'impresa, quale "luogo di contemperamento degli interessi di vari portatori" (*stakeholders*): condizioni quindi prodromiche di una potenzialità di vita e di superamento delle possibili avversità nell'interesse generale dei soggetti che a vario titolo concorrono allo sviluppo dell'impresa e in generale nell'interesse collettivo²⁴.

²³ Si tratterebbe quindi di una valorizzazione dell'origine stessa degli indici (*ratios*), che non sono nati come indici di bilancio, bensì come indici delle reportistiche manageriali, anche preventive, del controllo di gestione aziendale: articolate per divisioni, per singole produzioni e commesse, per aree geografiche. Questa origine analitica e preventiva degli indici è ben documentata nell'interessante analisi storica ed empirica delle pratiche manageriali nelle imprese nordamericane svolta autorevolmente da THOMAS JOHNSON e ROBERT KAPLAN, *Ascesa e declino della contabilità direzionale*, Isedi, Torino, 1989.

Per un approfondimento della diagnostica nelle crisi d'impresa, si rinvia al nostro, *Crisi aziendali e piani di risanamento*, Giappichelli, Torino, 2019.

²⁴ La concezione dell'impresa come "luogo di contemperamento di vari interessi soggettivi" è ampiamente accolta in seno all'Economia Aziendale italiana, in adesione alla letteratura internazionale, con particolare enfasi presso la "Scuola Bocconi": cfr. autorevolmente CARLO MASINI, *Lavoro e Risparmio*, Utet, Torino, 1979; GIUSEPPE AIROLDI, GIORGIO BRUNETTI e VITTORIO CODA, *Corso di Economia Aziendale*, Il Mulino, Bologna, 2020.

La progettazione e l'attuazione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, rispondenti a criteri coerenti con il caso concreto di impresa, certamente devono aderire a criteri di proporzionalità rispetto alla economicità complessiva e quindi devono essere rispettose di compatibili livelli di costo sostenibile, secondo un generale principio di convenienza economica che investe anche le soluzioni organizzative, senza per questo costituire motivo di rinuncia o di sottovalutazione, nel quadro di una equilibrata valutazione costi-benefici, peraltro con prospettive che tengano conto dei tempi di realizzazione di un cambiamento organizzativo.

Gli assetti in parola vanno inoltre intesi come *dinamici* e come tali oggetto di possibile ridefinizione e aggiornamento nel tempo, con l'evoluzione dell'ambiente e delle risposte strategiche dell'impresa. Questa considerazione investe già direttamente la fase progettuale iniziale, che deve tener conto opportunamente delle esigenze di flessibilità e di compatibilità degli assetti ai necessari riadeguamenti, ricercando fin dal principio soluzioni rispondenti e non rigide, specie in considerazione della dominante turbolenza esterna e della volatilità dei mercati che caratterizzano oramai da tempo i contesti in cui operano le imprese. Né vanno ignorate, anche in quest'ottica, specie per le imprese minori, le sempre più frequenti occasioni di accesso a forme organizzative destrutturate, interaziendali, reticolari e flessibili (*outsourcing*, consorzi di servizi, consulenza esterna specializzata), che comportano anche minori costi organizzativi a carico della singola impresa e possibilità di accesso alle competenze necessarie, grazie alla condivisione di risorse, tecnologiche, informatiche, amministrative e di servizi, che possono, proprio per questo, rendere più accessibili in termini di tempo e di costo gli adeguamenti degli assetti organizzativi e l'assolvimento ai doveri di legge.

I quadri di ristrutturazione preventiva nella direttiva Ue 2019/1023 e nel diritto nazionale

SOMMARIO: 1. L'attività normativa dell'Unione europea in materia concorsuale. – 2. La struttura della Direttiva (UE) 2019/1023. – 3. Il recepimento della Direttiva da parte degli Stati membri. – 4. Assetti organizzativi adeguati, *early warning* e accesso alle informazioni. – 5. Gli obblighi degli amministratori. – 6. L'accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva. – 7. La nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa.

1. L'attività normativa dell'Unione europea in materia concorsuale

Negli ultimi due lustri, l'attenzione del legislatore europeo per la materia concorsuale è stata progressivamente crescente e tendente ad una sempre più incisiva armonizzazione tra gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione, nonostante si tratti di un settore che intercetta numerose branche del diritto caratterizzate da una tradizionale rivendicazione di autonomia normativa da parte degli Stati membri medesimi (come il diritto commerciale, societario e del lavoro, oltre che il diritto processuale).

Tra i numerosi interventi, spesso di c.d. *soft-law*¹, meritano di essere ricordati innanzitutto quelli risalenti al primo lustro, segnatamente:

- la Risoluzione del Parlamento Europeo del 15 novembre 2011 sulle procedure d'insolvenza nel contesto del diritto societario dell'UE, che comprendeva anche l'armonizzazione delle condizioni per l'elaborazione, l'impatto e i contenuti dei piani di risanamento;
- le Comunicazioni della Commissione del 3 ottobre e 12 dicembre 2012 al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale

¹ Tra gli strumenti di *Policy Background* vanno menzionati: *Directive 2001/24/EC on the reorganisation and winding up of credit institutions*; *Directive 2014/59/EU, "BRRD"* (almost full harmonization in banking law); *Five Presidents' report* (22 June 2015); *Letter of President Juncker & VP Timmermans to the European Parliament* (9 September 2015); *Capital Market Union Action Plan* (30 September 2015); *Single Market Strategy* (28 October 2015); *ECOFIN Conclusions on the CMU*.

europeo, mirate all'efficienza e modernizzazione delle norme fallimentari nonché all'eliminazione delle consistenti divergenze tra gli ordinamenti concorsuali nazionali;

- il Piano d'Azione Imprenditorialità 2020 COM(2012), adottato dalla Commissione il 9 gennaio 2013, contenente in particolare l'invito, rivolto agli Stati membri, ad offrire “*servizi di sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce, consulenza per evitare i fallimenti e sostegno alle PMI per ristrutturarsi e rilanciarsi*”;
- la Raccomandazione della Commissione n. 2014/135/UE del 12 marzo 2014 su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza (“*A new approach to business failure and insolvency*”), con cui si invitavano gli Stati membri a dotarsi di procedure di ristrutturazione precoce e a prevedere il beneficio del c.d. *discharge* entro tre anni dalla dichiarazione di insolvenza; in particolare, tra i principali obbiettivi posti dalla Raccomandazione del 2014 v'era quello di “*consentire alle imprese sane in difficoltà finanziaria di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare l'insolvenza e proseguire l'attività*”, ciò al fine di “*massimizzarne il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale*” (Considerando 1); inoltre, il nono Considerando richiamava espressamente l'invito contenuto nel Piano d'Azione Imprenditorialità 2020;
- il Regolamento (UE) 2015/848 del parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure di insolvenza – rifusione del Regolamento (CE) n. 1346/2000 – che, pur includendo nel suo campo di applicazione anche le procedure di ristrutturazione precoce e di liberazione dai debiti, si limita a disciplinare le procedure di insolvenza transfrontaliere².

Successivamente, dopo aver constatato che la Racc. 2014/135/UE aveva avuto attuazione solo parziale e non omogenea nei vari Stati membri³, la Commissione ha fatto un ulteriore passo di effettiva armonizzazione, adottando:

- la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 22 novembre 2016 [COM(2016) 723 final] – di seguito Proposta, riguardante i quadri

² Il Regolamento disciplina le procedure transfrontaliere quanto a conflitti di competenza, riconoscimento delle sentenze, esecuzione, legge applicabile, cooperazione fra gli organi delle procedure, interconnessione dei registri fallimentari, rapporti fra procedure principali e secondarie, insolvenza dei gruppi.

³ Da indagini svolte nel 2015-2016 emergeva che in alcuni Stati membri (ad es. in Germania) non erano stati previsti strumenti di ristrutturazione pre-insolvenza, e che c'erano altresì forti differenze sui termini del *discharge*. Di qui incertezze e costi aggiuntivi per gli investitori, un minore sviluppo dei mercati dei capitali e persistenti ostacoli ad un'efficace ristrutturazione delle imprese e dei gruppi transfrontalieri (http://ec.europa.eu/justice/civil/commercial/insolvency/index_en.htm).

di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE, avente come base giuridica gli artt. 53 e 114 del TFUE e finalizzata a incentivare “*una maggiore convergenza delle procedure di insolvenza e di ristrutturazione*”, al fine di aumentare “*la certezza giuridica per gli investitori transfrontalieri*” e incoraggiare “*la ristrutturazione precoce delle imprese economicamente sostenibili in difficoltà finanziarie*”.

Avviata sulla Proposta la procedura legislativa ordinaria, contrassegnata dai negoziati tra gli allora 28 Stati membri, svoltisi a Bruxelles tra gennaio 2017 e settembre 2018, e dai successivi “triloghi” tra Commissione, Consiglio e Parlamento, ha così visto la luce la

- Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la Dir. (UE) 2017/1132 (Direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza – di seguito Direttiva), pubblicata il 26 giugno 2019 nell'*Official Journal* dell'Unione europea ed entrata in vigore il 17 luglio 2019.

Il termine ordinario di recepimento della Direttiva è stato fissato al 17 luglio 2021, ad eccezione delle disposizioni sull'uso di mezzi di comunicazione elettronici (art. 28), da recepire al più tardi entro il 17 luglio 2024, quanto a insinuazione al passivo, presentazione dei piani di ristrutturazione o di rimborso e notifiche ai creditori, ed entro il 17 luglio 2026 per la presentazione di opposizioni e impugnazioni.

L'art. 34, § 2 della Direttiva ha previsto la possibilità di una proroga di non oltre un anno per gli Stati membri «*che incontrano particolari difficoltà nell'attuazione*», subordinata alla notifica alla Commissione della necessità di avvalersene, entro il 17 gennaio 2021.

In prospettiva, va tenuto conto anche dell'art. 33 della Direttiva (“*Clausola di riesame*”), ove si prevede che, «*entro il 17 luglio 2026, e successivamente ogni cinque anni, la Commissione presenta al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo una relazione sull'applicazione e sugli effetti della presente direttiva*», riservandosi di presentare «*una proposta legislativa*» di ulteriore armonizzazione «*in materia di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione*».

Da ultimo, il 24 settembre 2020 la Commissione europea ha pubblicato un nuovo:

- Piano d'azione per dare impulso all'Unione dei mercati dei capitali (*Capital Market Union* – CMU), un ambizioso progetto la cui priorità assoluta

è garantire che l'Unione europea si riprenda dalla crisi economica senza precedenti causata dalla pandemia da Covid-19, anche rendendo i finanziamenti più accessibili alle imprese europee, specie le PMI. Ebbene, tra le sedici misure messe in campo per realizzare gli obiettivi-chiave, c'è quella di «rendere più armonizzate o convergenti le norme in materia di insolvenza».

La strada è dunque già segnata per un'armonizzazione ulteriore in campo concorsuale rispetto al livello minimale già raggiunto con la *Direttiva Insolvency and Restructuring*.

2. La struttura della Direttiva (UE) 2019/1023

Non si può comprendere fino in fondo lo spirito della Direttiva se non prendendo le mosse dagli obbiettivi ambiziosamente perseguiti dalla Commissione con tale strumento⁴ i quali possono essere così riepilogati: i) rafforzare l'economia europea e stimolare gli investimenti; ii) contribuire al corretto funzionamento del mercato interno in generale e dell'Unione dei mercati dei capitali in particolare; iii) eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei capitali e alla libertà di stabilimento, derivanti dalle differenze tra le legislazioni nazionali; iv) prevenire l'accumulo di prestiti deteriorati; v) aumentare la resilienza delle economie europee anche attraverso il mantenimento o la creazione di posti di lavoro; vi) sostenere le PMI (costituenti il 99% delle imprese nell'UE: v. Cons. 17) che versano in difficoltà finanziarie, le quali spesso non dispongono delle risorse necessarie per sostenere i costi di ristrutturazione; vii) assicurare la piena informazione del debitore e dei lavoratori sugli strumenti concorsuali disponibili; viii) stimolare una precoce ristrutturazione preventiva degli imprenditori in crisi; ix) ridurre i costi della ristrutturazione a carico di debitori e creditori; x) consentire l'esdebitazione dei debitori insolventi o sovraindebitati, per evitarne l'esclusione dal mercato del lavoro e spingerli a reintraprendere l'attività imprenditoriale, facendo tesoro dell'esperienza vissuta; xi) valorizzare professionalità e specializzazione delle autorità giudiziarie o amministrative che presiedono alle procedure concorsuali e dei professionisti da esse nominati; xii) aumentare l'efficienza delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e con essa i tassi di recupero dei crediti insoddisfatti, riducendo la durata e i costi delle procedure.

⁴ In linea anche con il Piano d'azione per la creazione dell'Unione dei mercati dei capitali COM(2015) 468 final e con la Strategia per il mercato unico COM(2015) 550 final.

Nonostante le numerose modifiche apportate al testo durante i negoziati e i triloghi (basti pensare che i Considerando sono più che raddoppiati, passando da 47 a 101), l'articolato della Dir. ha sostanzialmente mantenuto intatto l'impianto originario⁵:

- il Tit. I («Disposizioni generali») disciplina, oltre al campo di applicazione e alle definizioni, gli strumenti di «allerta precoce» e l'accesso del debitore a «informazioni pertinenti e aggiornate» su di essi, nonché sulle procedure e misure di ristrutturazione ed esdebitazione disponibili;
- il Tit. II («Quadri di ristrutturazione preventiva») disciplina l'accesso dell'imprenditore in difficoltà finanziaria a quadri di ristrutturazione preventiva, la protezione dei negoziati con i creditori (attraverso moratorie e tutele di finanziamenti e altre operazioni strumentali), l'adozione e l'omologazione del piano di ristrutturazione, i suoi effetti e le relative impugnazioni;
- il Tit. III («Esdebitazioni e interdizioni») disciplina l'accesso dell'imprenditore insolvente al beneficio della liberazione dai debiti e dalle misure interdittive correlate all'insolvenza, fatte salve le deroghe, condizioni e limitazioni stabilite dagli SM;
- il Tit. IV («Misure per aumentare l'efficienza delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione») prevede vari accorgimenti da porre in essere per rendere più efficienti tutte le tipologie di procedure concorsuali;
- il Tit. V («Monitoraggio delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione») impone agli Stati membri la rilevazione e trasmissione di alcuni dati diretti a verificare l'effettiva efficienza ed efficacia delle procedure medesime;
- il Tit. VI («Disposizioni finali») stabilisce infine termini differenziati per il recepimento della Dir. (v. sopra) e contempla, come visto, una «*clausola di riesame*» degli effetti della Dir., per l'adozione di eventuali misure correttive, entro i primi 7 anni dalla sua entrata in vigore e, successivamente, ogni 5 anni.

Numerose modifiche di compromesso all'originaria Proposta e al testo uscito dai negoziati tra gli Stati membri sono derivate dal confronto con il co-legislatore parlamentare, specie sul tema sensibile della tutela dei diritti dei lavoratori. Si vedano:

⁵ Per una disamina generale v. S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella direttiva del parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. Fall.*, 2019, 1266 ss.; P. VELLA, *La prima direttiva europea su ristrutturazione e insolvenza*, in *Foro it.*, 2019, V, 423 ss.; P. VELLA, *L'impatto della Direttiva UE 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno*, in *Fallimento*, 2020, 753 ss.

- la nuova norma (art. 13) interamente dedicata alla salvaguardia dei diritti individuali e collettivi dei lavoratori in tema di negoziazione collettiva, azione industriale, informazione e consultazione previsti dal diritto del lavoro dell'Unione e nazionale (§1), con la necessità della loro approvazione (se previsto dal diritto nazionale o dai contratti collettivi) delle misure contenute nel piano «*suscettibili di comportare cambiamenti nell'organizzazione del lavoro o nelle relazioni contrattuali con i lavoratori*» (§ 2);
- la facoltà per gli Stati membri di escludere dai quadri di ristrutturazione preventiva i «*crediti esistenti e futuri di lavoratori o ex lavoratori*» (art. 1, § 5 lett. a);
- l'obbligo di evitare l'incisione sui «*diritti pensionistici maturati dai lavoratori*» (art. 1, § 6);
- l'estensione ai rappresentanti dei lavoratori del diritto di accesso a «*informazioni pertinenti e aggiornate*» sugli strumenti di allerta e sulle misure di ristrutturazione ed esdebitazione disponibili, con facoltà per gli Stati membri di fornire loro «*sostegno nella valutazione della situazione economica del debitore*» (art. 3, § 3 e 5);
- la possibilità per rappresentanti dei lavoratori (e per i creditori) di assumere l'iniziativa della ristrutturazione, con l'accordo del debitore, quantomeno se PMI (art. 4, § 8);
- l'inclusione della «*tutela dei posti di lavoro*» tra le finalità della ristrutturazione (art. 4, § 1).

Non è stata invece recepita l'istanza del Parlamento europeo di rendere obbligatoria la formazione di una classe dei lavoratori, rimasta dunque facoltativa (art. 9, § 4).

3. Il recepimento della Direttiva da parte degli Stati membri

Numerosi Paesi, tra i quali l'Italia, si sono avvalsi della proroga consentita dall'art. 34 Dir., con slittamento del termine ultimo per il suo recepimento al 17 luglio 2022.

Peraltro, per il combinato disposto della legge di delegazione europea del 22 aprile 2021, n. 53 e dell'art. 31 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, il decreto legislativo di recepimento della Direttiva dovrà intervenire almeno 4 mesi prima del termine indicato.

Alcuni Paesi hanno invece già provveduto a recepire la Direttiva.

In particolare, in Germania il Parlamento ha approvato il 17 dicembre 2020 una nuova legge (*Act on the Stabilisation and Restructuring Framework for Businesses*, nota con l'acronimo SanInsFoG) che, oltre a modificare, tra l'altro, la legge fallimentare, ha implementato per la prima volta nel sistema concorsuale tedesco

una procedura di pre-insolvenza (*Unternehmens-Stabilisierungs-und-Restrukturierungs-Gesetz* – in breve StaRUG), una legge alquanto corposa (102 articoli, a fronte degli 8 del nuovo “*Super Scheme*” inglese e dei 25 del “*Dutch Scheme*” olandese), che è entrata in vigore il 1 gennaio 2021.

Sempre dal 1 gennaio 2021 è in vigore nei Paesi Bassi una nuova legge (*Wet Homologatie Onderhands Akkoord* – WHOA) che, modificando il *Bankruptcy Act*, ha introdotto una procedura di omologazione giudiziale di piani di ristrutturazione stragiudiziali (c.d. CERP).

In Spagna, dopo la riforma varata con Real Decreto Legislativo n. 1/2020, che ha approvato il testo rifuso della *Ley Concursal*, in vigore dall’1 settembre 2020, è in corso di approvazione la proposta di legge per il recepimento della Direttiva.

Anche la Grecia ha varato una riforma organica adottando una nuova *Insolvency Law*, che consta di 308 articoli e contempla nuovi strumenti di *Debt Settlement and Facilitation of a Second Chance* (Legge 4738/2020, come emendata dalla successiva Legge 4818/2021).

Per quanto riguarda l’Italia, il Ministro della Giustizia ha costituito con d.m. 22 aprile 2021 una apposita “Commissione per elaborare proposte di interventi sul Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14” – di seguito c.c.i.i. – e con successivo d.m. 22 settembre 2021 ha prorogato il termine per l’ultimazione dei lavori al 31 gennaio 2022, proprio per consentire, tra l’altro, la formulazione di proposte di modifica del predetto Codice per il recepimento della Direttiva.

Al riguardo non dovrà trascurarsi l’atto di indirizzo adottato il 24 maggio 2017 dal Parlamento italiano, che ha espresso una valutazione favorevole sulla originaria Proposta, ponendo però una serie di condizioni, segnatamente: a) escludere gli enti pubblici dal campo di applicazione della Direttiva; b) includere il concetto di continuità aziendale c.d. indiretta (ossia la prosecuzione dell’attività d’impresa da parte di un terzo imprenditore); c) rendere non tassativi i casi previsti di nomina obbligatoria di un “*Insolvency practitioner*” (ad es. il Commissario giudiziale) da parte dell’autorità competente; d) introdurre la facoltà di adottare il c.d. *automatic stay*; e) consentire ai creditori di proporre istanza di fallimento quando il debitore versi in crisi di liquidità, e al giudice di autorizzare la sospensione o lo scioglimento di un contratto pendente; f) ammettere l’esclusione dal voto per i creditori che subiscano un tenue pregiudizio dalla ristrutturazione, nonché la creazione di una apposita classe dei soggetti garantiti da terzi; g) consentire al terzo di presentare proposte di concordato concorrenti con quella del debitore; h) dare la possibilità al socio di PMI di fornire un contributo di carattere non monetario nell’ambito del piano di ristrutturazione; i) evitare la duplicazione contenuta tra le lettere a) e b) dell’art. 13, § 2 della Proposta; l) consentire una forma di prededuzione per i

crediti dei professionisti e sostituire nell'art. 16, § 2 della Proposta l'espressione «*procedure di liquidazione*» con «*procedure di insolvenza*».

Pressoché tutte le modifiche richieste dal Parlamento italiano sono state veicolate con successo durante i negoziati, come si evince dalle corrispondenti previsioni contenute nel testo vigente della Direttiva che contemplano:

- a) l'esclusione nell'art. 1, § 2, lett. g) degli Enti pubblici, come definiti dalla legge nazionale;
- b) l'inserimento della continuità indiretta nella definizione di ristrutturazione ex art. 2, § 1, n. 1), che ora comprende anche, «*se previsto dal diritto nazionale, la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale*»;
- c) la possibilità di prevedere la nomina obbligatoria di un «*Insolvency practitioner*» anche in casi ulteriori rispetto a quelli previsti (v. art. 5, § 3);
- d) la possibilità del c.d. *automatic stay*, espressamente inclusa nella definizione di «*sospensione delle azioni esecutive individuali*» di cui all'art. 2, § 1, n. 4), che può essere «*concessa*» dall'autorità competente ovvero «*applicata per legge*» («*by operation of law*») e indirettamente confermata dall'art. 6, § 9, secondo cpv. (per cui gli Stati membri possono limitare la revoca della sospensione ai casi in cui i creditori non sono stati ascoltati prima della sua operatività);
- e) la possibilità per i creditori di presentare istanza di «fallimento» durante lo *stay*, introdotta nell'art. 7, § 3 (con l'aggiunta del rinvio al § 2 oltre che al § 1); il potere del giudice di autorizzare la sospensione o lo scioglimento dei contratti pendenti non è stato esplicitamente introdotto, ma ciò non esclude che gli Stati membri possano prevederlo o mantenerlo (come è già avvenuto nei primi atti normativi di recepimento della Dir.), tanto più alla luce del Cons. 2 ove si precisa che, «*salvo specifica disposizione contraria del diritto nazionale*», i «*cambiamenti operativi*» – previsti nell'art. 2 tra le possibili misure di ristrutturazione – «*come la risoluzione o la modifica dei contratti o la vendita o altro atto dispositivo delle attività, dovrebbero rispettare i requisiti generali previsti dal diritto nazionale per tali misure, in particolare il diritto civile e il diritto del lavoro*»;
- f) la previsione, nel Cons. 43, della facoltà di introdurre «*eccezioni limitate*» alla regola dell'art. 9, § 2 – per cui tutte le parti interessate devono avere diritto di voto sul piano di ristrutturazione – e l'individuazione, nel successivo § 3, di tre ipotesi (detentori di strumenti di capitale, creditori postergati⁶, parti correlate o in conflitto di interessi); inoltre, il Cons. 44 afferma

⁶ Testualmente, l'art. 9, § 3, lett. b) menziona «*i creditori i cui crediti hanno rango inferiore ai crediti vantati dai creditori non garantiti nel normale grado di priorità di liquidazione*».

- che – come minimo – devono essere formate due classi distinte dei creditori chirografari e prelatizi, ferma restando la facoltà per gli Stati membri di prevedere ulteriori criteri di ripartizione dei creditori in classi, anche tra i diversi tipi di creditori garantiti (come quelli garantiti da terzi);
- g) la facoltà di consentire ai creditori e all’*“Insolvency practitioner”* di presentare un piano di ristrutturazione concorrente con quello del debitore (art. 9, § 1, secondo cpv.); peraltro, l’art. 4, § 8 prevede che la stessa iniziativa di ristrutturazione possa essere assunta dai creditori e (addirittura) dai *«rappresentanti dei lavoratori»*, sia pure *«previo accordo del debitore»*, la cui necessità gli Stati membri possono peraltro limitare alle sole PMI;
- h) gli ulteriori riferimenti alle PMI contenuti nell’art. 11, § 1, secondo cpv. – che consente agli Stati membri di limitare alle PMI la necessità dell’accordo del debitore per la c.d. *cross-class cram-down*, o ristrutturazione trasversale dei debiti (chiesta su iniziativa di terzi) – e nell’art. 12 (ove la considerazione che si tratti o meno di PMI influisce sulla definizione di cosa debba intendersi per *«impedire o ostacolare irragionevolmente»* l’adozione, l’omologazione o l’attuazione di un piano di ristrutturazione da parte dei detentori di strumenti di capitale);
- i) la correzione della duplicazione contenuta nell’originario art. 13, all’interno del nuovo e corrispondente art. 14;
- l) la sostituzione della espressione *«procedure di insolvenza»* (originario art. 16, § 2) con quella di *«procedure di liquidazione»* (nel nuovo e corrispondente art. 17, § 4).

La facoltà di una prededuzione (*«pagamento in via prioritaria»*) prevista dall’art. 17 per i finanziatori non è stata estesa ai crediti dei professionisti sorti in funzione o in esecuzione del piano di ristrutturazione (ai quali l’art. 18, §§ 1 e 5, assicura solo l’esenzione da azioni revocatorie); tuttavia, trattandosi di una armonizzazione *“de minimis”*, agli Stati membri non è vietato estendere questa forma di tutela con il riconoscimento della prededuzione.

4. Assetti organizzativi adeguati, *early warning* e accesso alle informazioni

Le disposizioni della Direttiva su “allerta precoce” (art. 3) e “obblighi dei dirigenti” (art. 19) sono quelle che presentano maggiori assonanze con il tema degli assetti organizzativi dell’impresa, avuto riguardo all’obbligo per l’imprenditore collettivo di adottare l’assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell’assunzione di idonee iniziative (art. 2086 c.c., come novellato dall’art. 375 c.c.i.i., in vigore dal 19 marzo 2019, cui rinvia l’art. 3 co.

2 c.c.i.i.)⁷ che si affianca al più contenuto dovere dell'imprenditore individuale di «*adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte*», ex art. 3, co. 1 c.c.i.i.⁸.

Prendendo le mosse dalla prima⁹, va subito evidenziato come nella Dir. il tema dell'allerta precoce (*early warning*) sia intrecciato a doppio filo con quello dell'informazione, come si evince dalla stessa rubrica dell'art. 3 («*Allerta precoce e accesso alle informazioni*»)¹⁰.

È molto significativo, comunque, che quelle su allerta e accesso alle informazioni rappresentino le prime disposizioni di natura sostanziale – dopo l'art. 1 («*Oggetto e ambito di applicazione*») e l'art. 2 («*Definizioni*») – e siano collocate in un titolo distinto dalle disposizioni sulle procedure concorsuali, segnatamente nel Tit. I («*Disposizioni generali*») e non nel Tit. II sui «*Quadri di ristrutturazione preventiva*», dai quali vanno dunque concettualmente distinte, a partire dal relativo presupposto della «*probabilità di insolvenza*».

Si tratta invero di disposizioni che traducono in norme quell'imprescindibile *humus* culturale su cui poggiano le fondamenta del pilastro principale dell'intervento armonizzatore, ossia la ristrutturazione preventiva delle imprese in crisi, che non può operare se non per il tramite di un imprenditore accorto, informato e dunque consapevole e preparato ad affrontare le traversie tipiche dell'esercizio dell'attività imprenditoriale.

La traduzione di questa visione trasparente subito dal Cons. 22, che, muovendo dal principio (universalmente riconosciuto) per cui l'adozione di strumenti di tempestiva rilevazione delle difficoltà finanziarie in cui versa l'imprenditore – e poi delle misure opportune per porvi rimedio – aumentano la probabilità di evitare «*un'insolvenza imminente*» – e, quand'anche adottati in situazioni già compromesse, consentono comunque un più «*ordinato ed efficace processo di liquidazione*» – ne fa discendere due obblighi «fondanti» per gli Stati membri: i) «*rendere disponibili online*» (ad es. su pagina o sito web dedicati) «*informazioni chiare, aggiornate, concise e di facile consultazione sulle procedure di ristrutturazione preventiva disponibili*»; ii) «*predisporre uno o più strumenti*» volti a

⁷ In argomento v., *ex plurimis*, G.D. MOSCO, *L'amministrazione delle società di persone dopo il codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2021, 605 ss.

⁸ In tema v., *ex plurimis*, D. SEGA, *Allerta e prevenzione, nuovi paradigmi della crisi di impresa*, in *Nuova giur. comm.*, II, 2019, 1102 ss.

⁹ Sul modello unionale dell'allerta v. P. VELLA, *L'impatto della Direttiva UE 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno*, in *Fallimento*, 2020, 753 ss.

¹⁰ Sarebbe stato forse più opportuno dedicargli un apposito Titolo in cui inserire anche l'art. 19 sugli «*Obblighi dei dirigenti*», ora relegato alla fine del successivo Tit. II, nel Capo 5.

«incoraggiare i debitori che cominciano ad avere difficoltà finanziarie ad agire in una fase precoce».

Il passaggio dal testo originario della Proposta a quello definitivo della Direttiva è la cifra dell'attenzione prestata dagli Stati membri ad un tema così delicato; lo stesso raddoppio e irrobustimento dei paragrafi dell'art. 3 testimonia l'avvertita importanza dell'istituto e al tempo stesso la necessità di inglobare nell'articolato una casistica orientativa prima relegata nei Considerando, invece tanto preziosa sui possibili strumenti da adottare proprio per la carica innovativa dell'istituto.

Significativa anche l'estensione dell'ambito applicativo, con l'eliminazione dell'originario § 3 che consentiva agli Stati membri di *«limitare l'accesso di cui ai paragrafi 1 e 2 alle piccole e medie imprese o agli imprenditori [individuali]»*. Ne è riprova il Cons. 22, per cui gli Stati membri *«dovrebbero essere in grado di adattare gli strumenti di allerta precoce in funzione delle dimensioni dell'impresa e stabilire specifiche disposizioni in materia di strumenti di allerta precoce per le imprese e i gruppi di grandi dimensioni, tenendo conto delle loro peculiarità»¹¹.*

La stessa tessitura dell'art. 3, § 1 si è evoluta, passando dall'accesso a *«strumenti di allerta in grado di individuare un andamento degenerativo dell'impresa e segnalare al debitore o all'imprenditore la necessità di agire con urgenza» a:*

- *“uno o più strumenti”* – per consentire agli Stati membri di adottarne anche uno solo;
- *“di allerta precoce”* – per sottolineare lo stadio anticipato in cui si deve operare;
- *“chiari e trasparenti”* – per assicurarne la facilità di utilizzo da parte del debitore e dei terzi interessati (caratteristica di cui è subito apparsa a tutti priva l'allerta disegnata dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza);
- *“in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza”* – dunque una condizione che dovrebbe precedere la stessa probabilità di insolvenza;
- *“e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio”* – per esaltare l'idea della necessaria immediatezza dell'agire.

Il cpv. aggiunto nel § 1 – che facoltizza gli SM ad *«avvalersi di tecnologie informatiche per le notifiche e per le comunicazioni online»* – sottolinea a sua volta l'importanza di un operare snello e veloce, ontologicamente incompatibile con lentezze e vischiosità burocratiche.

¹¹ Di qui la necessità di modificare l'art. 12, co. 4, c.c.i.i. che esclude dall'allerta le grandi imprese (in uno ai gruppi di imprese di rilevante dimensione e alle società con azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante).

Ulteriore frutto dei negoziati è stata, come detto, la traslazione nel nuovo § 2 dell'art. 3 – sia pure con alcune lievi (ma non irrilevanti) elisioni – delle esemplificazioni degli strumenti di allerta originariamente contenute nei *Recitals*.

Occorre subito sottolineare che nella Direttiva ogni segnalazione in cui si sostanzia l'allerta è rivolta esclusivamente al debitore, a differenza di quanto previsto nel c.c.i.i.

Per il resto, la casistica offerta a supporto degli Stati membri presenta invece decise assonanze con l'allerta interna ed esterna codicistica¹². Al riguardo è agevole comparare:

- a) i «*meccanismi di allerta nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati tipi di pagamenti*» con l'obbligo di segnalazione di creditori pubblici qualificati *ex art. 15 c.c.i.i.*;
- b) i «*servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private*» con l'individuazione dell'OCRI, insieme al debitore, delle possibili misure per porre rimedio allo stato di crisi (art. 18, co. 4, c.c.i.i.) nonché l'assistenza fornita dal relatore dell'OCRI nel seguire le trattative nell'ambito del procedimento di composizione assistita della crisi (art. 19 c.c.i.i.);
- c) gli «*incentivi a norma del diritto nazionale rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi*» con l'esonero da responsabilità di organi di controllo societario, revisori contabili, società di revisione che abbiano effettuato tempestive segnalazioni all'organo amministrativo e all'OCRI (art. 14 c.c.i.i.).

Il Cons. 22 ha poi cura di precisare che la gestione degli strumenti di allerta può avvenire ia cura degli Stati membri o di «*entità private*», purché «*l'obiettivo sia raggiunto*».

L'originario Cons. 16 della Proposta affermava che «*tra i possibili meccanismi di allerta dovrebbero figurare obblighi di contabilità e monitoraggio in capo al debitore o ai dirigenti del debitore e obblighi di segnalazione nell'ambito dei contratti di prestito. Si potrebbero inoltre incoraggiare od obbligare, a norma del diritto nazionale, i terzi in possesso di informazioni rilevanti, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, a segnalare gli andamenti negativi*».

¹² Cfr. M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corriere giur.*, 2019, 7661 s.; M. FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, in *ilcaso.it*, 9 ottobre 2019, 14 s.; L. PANZANI, *Il preventive restructuring framework nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il Codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, in *ilcaso.it*, 14 ottobre 2019, 3 ss.

Pertanto, nel passaggio dalla Proposta alla Dir. è venuto meno l'espresso riferimento:

- agli «*obblighi di contabilità e monitoraggio*», i quali evocano, a grandi linee: gli «*obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile*» (art. 12, co. 1, c.c.i.i.); il dovere degli imprenditori individuali e collettivi di adottare misure idonee o adeguati assetti organizzativi per la tempestiva rilevazione dello stato di crisi e l'adozione di idonee iniziative (art. 3 c.c.i.i.); l'obbligo dell'imprenditore «*che operi in forma societaria o collettiva, di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*» (art. 2086 c.c.);
- agli «*obblighi di segnalazione nell'ambito dei contratti di prestito*», di cui sembra trovarsi flebile eco nell'art. 14, co. 4, c.c.i.i., che si limita a coinvolgere le banche come supporto alla buona riuscita dell'allerta interna, responsabilizzandole – senza sanzioni – al solo fine di estendere agli organi di controllo societario le segnalazioni indirizzate al cliente;
- all'*obbligo* (sia pure solo in conformità al diritto nazionale) per i terzi in possesso di informazioni rilevanti – come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale – di segnalare gli andamenti negativi del debitore, essendo residuo solo l'*incentivo* («*incoraggiare*») a farlo. In questo caso non si registrano frizioni con il c.c.i.i., sia perché quelle elencate nel § 2 sono solo possibili traduzioni concrete degli strumenti di allerta che gli Stati membri sono liberi di adottare, sia perché l'art. 14, co. 3, c.c.i.i. prevede per gli organi di controllo veri e propri incentivi (esenzione da responsabilità) mentre il successivo art. 15, co. 1, impone ai creditori pubblici qualificati sanzioni (come la perdita del privilegio o degli aggi) che però sottendono un onere, più che un obbligo di comportamento.

Nei paragrafi da 3 a 5 dell'art. 3 della Direttiva sono state invece introdotte (sulla base del compromesso con le istanze del Parlamento europeo) disposizioni che non trovano riscontro nel nostro c.c.i.i. In particolare, il § 3 dispone che anche «*i rappresentanti dei lavoratori*» devono avere «*accesso a informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti di allerta precoce disponibili, come pure sulle procedure e misure di ristrutturazione e di esdebitazione*»; il § 4 prescrive che tali informazioni siano «*pubblicamente disponibili online, specialmente per le PMI, siano facilmente accessibili e di agevole consultazione*»; il § 5 prevede infine la facoltà per gli SM di «*fornire sostegno ai rappresentanti dei lavoratori nella valutazione della situazione economica del debitore*».

Da questi paragrafi emerge:

- con riguardo al § 3 (sui contenuti), che solo un debitore adeguatamente informato su tutti gli strumenti e procedure concorsuali disponibili può avere quella consapevolezza necessaria per agire tempestivamente e prevenire adeguatamente le degenerazioni degli stati di crisi che l'imprenditore può naturalmente attraversare (di qui la necessità di una formazione del ceto imprenditoriale per realizzare un nuovo approccio culturale alla crisi);
- con riguardo § 4 (sulle modalità), che la buona riuscita del progetto informativo presuppone (specie per i soggetti imprenditoriali meno attrezzati, come le PMI) un sistema informativo agevolmente accessibile, chiaro e fruibile;
- con riguardo § 5 (sull'effettività), che è necessario uno sforzo ulteriore dello Stato per rendere effettivo il diritto di accesso alle suddette informazioni da parte dei rappresentanti dei lavoratori, mediante un supporto concreto fornito nella complessa fase valutativa della contingente situazione economica.

Tutte queste scelte testimoniano al tempo stesso l'attrazione e la diffidenza degli Stati membri verso l'istituto (sconosciuto alla maggior parte di essi e solo in Francia praticato sin dal 1985), di cui l'ultimo periodo del Cons. 22 rappresenta la cifra, se all'esito dei negoziati si è avvertita addirittura la necessità di puntualizzare che la Dir. *«non dovrebbe ascrivere la responsabilità agli Stati membri per i possibili danni conseguenti a procedure di ristrutturazione attivate da tali strumenti di allerta precoce»*, intravedendone anche i rischi, oltre che i vantaggi.

Certo è che nell'*early warning* di matrice unionale – incentrato sulla consapevolezza del debitore circa le difficoltà in cui versa, in un periodo antecedente l'insorgenza della crisi, cioè quando essa è solo probabile (collocabile nella fase di cd. declino o *twilight zone*) e quindi è possibile agire precocemente per prevenirne la futura degenerazione in insolvenza – mancano gli ingredienti (negativi) della spiccata procedimentalizzazione e coazione che informano invece l'allerta del c.c.i.i.

Sotto questi profili il legislatore nazionale è chiamato a modificare l'attuale struttura codicistica dell'allerta, anche al fine di soddisfare la spinta della Direttiva verso un'adeguata informazione di cui devono essere resi destinatari anche i rappresentanti dei lavoratori; ciò che costituisce una grande novità nel panorama ordinamentale italiano.

5. Gli obblighi degli amministratori

Si è già anticipata l'affinità tematica che hanno con l'allerta gli *«Obblighi dei dirigenti»* disciplinati dall'art. 19, una norma (corrispondente all'originario art. 18

della Proposta) che nel corso dei negoziati ha raccolto la diffidenza di molte delegazioni, correndo il rischio di essere finanche cancellata, ma che *in limine* si è deciso di mantenere, con alcune modifiche¹³.

Nell'attuale stesura, l'art. 19 non tratta più – salvo il riferimento nella rubrica – di obblighi, ma si limita a disporre che gli Stati membri «*provvedono affinché, qualora sussista una probabilità di insolvenza*» (i.e. stato di crisi), i dirigenti (il termine “*directors*” è forse meglio reso in italiano con “amministratori”), «*tengano debitamente conto*» – pare quasi un invito, più che un vero e proprio obbligo – «*come minimo, dei seguenti elementi*»:

- a) gli interessi dei creditori, dei detentori di strumenti di capitale e degli altri *stakeholders*;
- b) la necessità di adottare iniziative dirette a evitare l'insolvenza;
- c) la necessità di evitare condotte dolose o gravemente colpose che «*mettono in pericolo la sostenibilità economica dell'impresa*».

Rispetto alla Proposta – ove si imponeva agli Stati membri di fissare «*disposizioni per garantire*» che in quel caso i dirigenti avessero «*i seguenti obblighi*» – è caduto anche il riferimento all'obbligo, verosimilmente ritenuto troppo ampio, di «*prendere misure immediate per ridurre al minimo le perdite per i creditori, i lavoratori, gli azionisti e le altre parti interessate*» (solo in parte mantenuto nel Cons. 70).

La norma è dunque rivolta a presidiare solo le iniziative di ristrutturazione preventiva in situazioni di crisi, non essendosi coagulato il necessario consenso sulla proposta di inserirvi anche il riferimento al «*ricorso a strumenti di allerta precoce*».

Un esplicito riferimento all'allerta è peraltro contenuto nel Cons. 70, dove, tra le misure appunto da adottare «*qualora l'impresa versi in difficoltà finanziarie, per ridurre al minimo le perdite ed evitare l'insolvenza*», figura anche il «*richiedere consulenza professionale, anche sulla ristrutturazione e sull'insolvenza, ad esempio facendo ricorso a strumenti di allerta precoce, se del caso*».

Le ulteriori misure ivi menzionate sono, testualmente:

- i) proteggere gli attivi della società in modo da massimizzarne il valore ed evitare perdite di attivi fondamentali;
- ii) esaminare la struttura e le funzioni dell'impresa per valutarne la sostenibilità economica e ridurre le spese;
- iii) evitare di impegnare la società in tipi di operazioni che potrebbero essere oggetto di azioni revocatorie, a meno che sussista un'adeguata giustificazione commerciale;

¹³ In tema di doveri degli amministratori v. P. VELLA, *L'impatto della Direttiva UE 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno*, in *Fallimento*, 2020, 756 s.

iv) proseguire gli scambi commerciali nelle circostanze in cui ciò è opportuno per massimizzare il valore della continuità aziendale;

v) avviare trattative con i creditori e procedure di ristrutturazione preventiva.

Ne emerge un quadro di forte sensibilizzazione degli amministratori verso condotte virtuose, che concorre indirettamente all'obiettivo della emersione anticipata della crisi.

Peraltro, lo stesso Cons. 70 evidenzia che *«per promuovere ulteriormente la ristrutturazione preventiva è importante garantire che i dirigenti non siano dissuasi dal prendere decisioni commerciali ragionevoli o dal correre rischi commerciali ragionevoli»*, specie *«ove tali pratiche potrebbero migliorare le probabilità di successo della ristrutturazione di un'impresa potenzialmente sana»*.

Subito dopo, però, il Cons. 71 ricorda che occorre *«proteggere i legittimi interessi dei creditori da decisioni»* pregiudizievoli che potrebbero *«diminuire ulteriormente il valore della massa disponibile per la ristrutturazione o la distribuzione ai creditori»*, dovendosi perciò evitare *«condotte che, deliberatamente o per grave negligenza, determinino l'arricchimento personale a spese dei portatori di interessi»* o che gli amministratori *«accettino operazioni sotto il valore di mercato o intraprendano azioni che possano portare a ingiusta preferenza di uno o più portatori di interessi»*.

A sua volta, il Cons. 10 sottolinea come *«tutte le operazioni di ristrutturazione, in particolare quelle di grandi dimensioni che generano un impatto significativo, dovrebbero basarsi su un dialogo con i portatori di interessi»* – con *«l'adeguata partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori»* – *«sulla scelta delle misure previste in relazione agli obiettivi dell'operazione di ristrutturazione, come pure sulle opzioni alternative»*.

Infine, il Cons. 71 chiarisce che gli Stati membri devono far sì che la competente autorità giudiziaria o amministrativa, *«nel valutare se un dirigente debba esser ritenuto colpevole di violazioni del dovere di diligenza, tenga conto delle norme in materia di obblighi dei dirigenti di cui alla presente direttiva»*, che tuttavia *«non intende stabilire alcuna gerarchia tra le varie parti i cui interessi devono essere tenuti in debita considerazione»*, trattandosi di aspetto rimesso al diritto nazionale (così come i processi decisionali societari).

6. L'accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva

L'adozione di assetti adeguati ai sensi dell'art. 2086 c.c. – come novellato dal c.c.i.i. – è funzionale non solo a prevenire la crisi, ma anche ad affrontarla nel modo migliore, utilizzando gli strumenti allestiti dall'ordinamento in campo concorsuale.

A tal fine lo scenario del c.c.i.i. è destinato a mutare con il recepimento della Direttiva¹⁴.

Il principio generale posto dall'art. 4, § 1, della Dir. è che, «*qualora sussista una probabilità di insolvenza*», deve essere assicurato al debitore l'accesso a un quadro di ristrutturazione preventiva che consenta di evitare l'insolvenza e assicurare la sostenibilità economica, attraverso l'adozione delle misure di ristrutturazione definite dall'art. 2, n. 1, che «*includono la modifica della composizione, delle condizioni o della struttura delle attività e delle passività del debitore o di qualsiasi altra parte della struttura del capitale del debitore, quali la vendita di attività o parti dell'impresa e, se previsto dal diritto nazionale, la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, come pure eventuali cambiamenti operativi necessari, o una combinazione di questi elementi*» – «*fatte salve altre soluzioni volte a evitare l'insolvenza*» (come le soluzioni di tipo liquidatorio) – in modo tale che sia «*preservata l'attività imprenditoriale*» (come visto anche se svolta da parte di terzi) e con essa la «*tutela dei posti di lavoro*».

I successivi paragrafi 2, 3 e 4 contemplano una serie di deroghe al principio generale, che facoltizzano gli Stati membri a:

i) consentire l'accesso alla ristrutturazione da parte dei debitori «*condannati per gravi violazioni degli obblighi di contabilità o di tenuta dei libri ai sensi del diritto nazionale*» solo dopo che essi abbiano adottato «*opportuni provvedimenti*» per porre rimedio alle relative problematiche, al fine di «*fornire ai creditori le informazioni necessarie per prendere una decisione durante le trattative*» (§ 2); il Cons. 27 estende tale facoltà anche «*ai debitori i cui libri e registri contabili siano incompleti o carenti al punto da rendere impossibile l'accertamento della situazione economica e finanziaria*»;

ii) mantenere o introdurre come condizione di accesso il c.d. *viability test*, però alla duplice condizione: che tale verifica sia diretta ad «*escludere il debitore che non ha prospettive di sostenibilità economica*», cioè sia sostanzialmente insolvente (perché, ritardando l'apertura delle procedure liquidatorie, rischierebbe di pregiudicare la soddisfazione dei creditori); che possa effettuarsi senza pregiudizio per le attività del debitore (§ 3), ossia «*senza indebito ritardo*» o sotto lo scudo «*di una sospensione temporanea*» delle azioni esecutive individuali, salva comunque la facoltà di porre l'onere della prova a carico e spese del debitore (Cons. 26);

iii) porre limiti temporali all'accesso nell'arco di un periodo di tempo determinato (§ 4)¹⁵.

¹⁴ V. P. VELLA, *I quadri di ristrutturazione preventiva nella Direttiva UE 2019/1023 e nel diritto nazionale*, in *Fallimento*, 2020, 1033 ss.

¹⁵ Cfr. art. 161, co. 9, l.fall., che preclude la domanda di concordato preventivo con riserva se nel

Il nuovo testo dell'art. 4, § 5, frutto di lunghi negoziati – per cui il quadro di ristrutturazione preventiva previsto dalla Direttiva «*può consistere in una o più procedure, misure o disposizioni, alcune delle quali possono realizzarsi in sede extragiudiziale, fatti salvi altri eventuali quadri di ristrutturazione previsti dal diritto nazionale*», purché esse «*conferiscano in modo coerente ai debitori e alle parti interessate i diritti e le garanzie*» contemplati dal Tit. II – è di fondamentale importanza, poiché consente agli Stati membri di mantenere o introdurre diversi strumenti, alla sola condizione che i principî stabiliti dalla Direttiva siano rispettati in almeno uno di essi, ovvero mediante la loro coerente combinazione.

Tale conclusione è particolarmente utile per l'ordinamento concorsuale italiano, poiché le regole dettate dalla Dir. si attagliano ora all'uno ora all'altro dei numerosi e vari strumenti di ristrutturazione attualmente contemplati dal c.c.i.i.¹⁶,

biennio precedente è stata presentata analoga domanda cui non abbia fatto seguito l'ammissione al concordato o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione. Nel c.c.i.i., invece, l'art. 47, co. 5 prevede che, decorso il termine per proporre reclamo avverso il decreto di inammissibilità, la domanda può essere riproposta (solo) «*quando si verificano mutamenti nelle circostanze*».

¹⁶ In rapida rassegna: l'accordo in esecuzione di un piano attestato di risanamento *ex art. 56* (con esonero da revocatoria *ex art. 166, co. 3, lett. d)*; l'accordo raggiunto nel corso del procedimento di composizione assistita della crisi dinanzi all'OCRI *ex artt. 19-20* (con lo stesso esonero da revocatoria e, su richiesta, con la sospensione delle azioni esecutive e cautelari individuali e degli obblighi di ricapitalizzazione); l'accordo di ristrutturazione con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti, *ex artt. 57-59* (con le medesime sospensioni, l'esonero da revocatoria *ex art. 166, co. 3, lett. e*) e la prededucibilità dei finanziamenti in funzione o in esecuzione *ex artt. 99 e 101*); l'accordo di ristrutturazione agevolato *ex art. 60* (con percentuale dimezzata in assenza di *stay* e moratorie); l'accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa *ex art. 61* raggiunto con il 75% dei crediti dei creditori appartenenti ad un'unica categoria (di tipo non liquidatorio, salvo che con banche e intermediari finanziari); la convenzione di moratoria *ex art. 62*; la transazione fiscale e gli accordi su crediti contributivi *ex art. 63*; il concordato preventivo con continuità aziendale *ex artt. 84 ss.*, ove i creditori devono essere «*soddisfatti in misura prevalente dal ricavo prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino*», condizione che si presume esistente «*quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da un'attività d'impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso*» che, oltre alle misure sopra indicate presenta, tra l'altro, le seguenti peculiarità: uno *stay* su richiesta, automatico e temporaneo, confermabile o revocabile entro 30 giorni, *ex artt. 54 co. 2 e 55 co. 3*; il divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione e l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni antecedenti la domanda (art. 46, co. 5); la moratoria biennale del pagamento dei creditori prelatizi *ex art. 86*; un peculiare trattamento dei crediti tributari e contributivi (art. 88); l'eventuale sospensione o scioglimento dei contratti pendenti, salvo indennizzo (art. 97); l'omologabilità del concordato approvato dalla maggioranza dei crediti nel maggior numero di classi (art. 109, co. 1) quando, nonostante la contestazione della convenienza da parte dei creditori dissenzienti appartenenti alle classi dissenzienti o, in mancanza di classi, dei creditori dissenzienti che rappresentino il 20% dei crediti, il tribunale

ai quali si sono peraltro aggiunte, di recente, le nuove misure contemplate dal decreto legge 24 agosto 2021 n. 118 – recante «*Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia*» – convertito con modificazioni dalla legge 21 ottobre 2021 n. 147, che ha anche rinviato al 16 maggio 2022 l'entrata in vigore del c.c.i.i. e al 31 dicembre 2023 l'entrata in vigore del Titolo II della Parte prima dello stesso Codice, relativo alle «*Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*».

7. La nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa

Il nuovo istituto della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, come modificato dalla legge di conversione n. 147 del 2021 – che rinvia in più parti al Decreto dirigenziale 28 settembre 2021, composto da cinque sezioni (Sez. I «*Test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento*» disponibile on line; Sez. II «*Check-list (lista di controllo) particolareggiata per la redazione del piano di risanamento per la analisi della sua coerenza*»; Sez. III «*Protocollo di conduzione della composizione negoziata*»; Sez. IV «*La formazione degli esperti*»; Sez. V «*La piattaforma*») e tre allegati (All. 1 «*Indicazioni per la formulazione delle proposte alle parti interessate*»; All. 2 «*Istanza on line*»; All. 3 «*Dichiarazione di accettazione della nomina di esperto di composizione negoziata*»¹⁷ – integra sicuramente uno strumento diretto a favorire l'emersione anticipata della crisi, sia essa già attuale o anche solo probabile (c.d. pre-crisi), attraverso un percorso negoziale guidato da un esperto in materia di ristrutturazione aziendale, cui viene affidato il compito, quale soggetto terzo e imparziale, di favorire le trattative volte all'individuazione di soluzioni negoziali di composizione della crisi, agevolando la conclusione di accordi tra debitore e creditori¹⁸.

Lo strumento punta a preservare la continuità aziendale e a conservare i valori imprenditoriali – a beneficio del debitore, dei creditori, dei lavoratori e degli

ritenga che il relativo credito «*possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale*» (art. 112); il concordato minore ex artt. 74 ss. (cui si applicano le disposizioni del concordato preventivo in quanto compatibili e se non diversamente disposto, ex art. 74, co. 4); il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione e i piani attestati di risanamento dei gruppi di imprese, ex artt. 284 ss.

¹⁷ Il ruolo dell'esperto viene affiancato a quello del *Chief Restructuring Officer* da F. ALIPRANDI, S. MAURUTTO, A. TURCHI, *C.R.O. versus esperto della crisi alla vigilia della composizione negoziata: duello o staffetta?* in *Crisi d'impresa e Insolvenza*, *ilcaso.it*, 6 ottobre 2021.

¹⁸ Sottolineano la centralità degli assetti adeguati nel Decreto dirigenziale M. IRRERA, P. RIVA, *La convergenza tra le indicazioni del codice*.

altri interessati – in tutti i casi in cui le difficoltà attraversate dall'impresa – che l'imprenditore viene peraltro messo in condizione di verificare autonomamente, attraverso una lista di controllo particolareggiata (c.d. *check-list*) resa disponibile *online* – abbiano caratteristiche tali da segnalare la ragionevole perseguibilità del risanamento.

Laddove invece il risanamento non fosse perseguibile, l'esperto può indirizzare il debitore anche verso nuove forme di liquidazione concordata – semplificata e accelerata – del patrimonio e dell'azienda.

Sostegno, flessibilità, semplificazione, rapidità ed economicità sono dunque i pilastri di questa nuova disciplina, il cui impianto risulta in sintonia con i principali obiettivi fissati dalla Direttiva (UE) 2019/1023¹⁹, essendo diretto a contribuire al raggiungimento, in particolare, delle seguenti finalità poste dal legislatore europeo:

i) stimolare una precoce ristrutturazione preventiva degli imprenditori in crisi (Cons. 2);

ii) rimuovere gli ostacoli alla ristrutturazione precoce dei debitori economicamente "sani" ma in difficoltà finanziarie, per «*ridurre al minimo le perdite di posti di lavoro*» e le perdite per gli stessi creditori, al tempo stesso preservando il *know-how* e le competenze delle imprese, in modo da giovare così «*all'economia in generale*» (Cons. 16);

iii) assicurare la piena informazione del debitore e dei lavoratori sugli strumenti disponibili per superare la crisi ed evitare l'insolvenza (Cons. 22);

iv) ridurre i costi della ristrutturazione a carico di debitori e creditori, massimizzando i tassi di recupero per questi ultimi (Cons. 15);

v) sostenere in modo particolare le PMI in difficoltà finanziarie, che spesso non dispongono delle risorse necessarie per sostenere i costi della ristrutturazione e «per l'assunzione di esperti», rendendo disponibili «*online strumenti di allerta precoce per segnalare ai debitori la necessità urgente di agire*», attraverso «*liste di controllo particolareggiate*» (*check-list*) adeguati alle loro specificità (Cons. 17);

vi) fare in modo che tutte le operazioni di ristrutturazione, «*in particolare quelle delle imprese di grandi dimensioni, che generano un impatto significativo*», si basino sul «*dialogo con i portatori di interessi*» – con «*l'adeguata partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori*» – «*sulla scelta delle misure previste in relazione agli obiettivi dell'operazione di ristrutturazione, come pure sulle opzioni alternative*» (Cons. 10), in modo che «*i diritti di tutte le parti coinvolte, compresi i lavoratori, siano tutelati in modo equilibrato*» (Cons. 3), attraverso l'intervento

¹⁹ M. PERRINO, *Disciplina italiana dell'allerta e Direttiva Insolvency: un'agenda per il legislatore*, in *dirittodellacrisi.it*, 31 agosto 2021.

di un «*professionista nel campo della ristrutturazione*» (c.d. *Insolvency practitioner*) che possa svolgere il compito di «*assistere le parti nel negoziare e redigere un piano di ristrutturazione*» (Cons. 31).

Dal punto di vista soggettivo, lo strumento della Composizione negoziata è rivolto indistintamente a tutte le imprese in difficoltà, tanto commerciali quanto agricole, senza che rilevino le soglie di fallibilità di cui all'art. 1, co. 2, l.fall., ripetute nell'art. 2, primo comma, lett. *d*), del c.c.i.i., che individua la c.d. "impresa minore".

Ad esso possono quindi accedere sia le c.d. micro imprese, sia i gruppi di imprese, tenendo conto delle rispettive peculiarità.

Al riguardo, per le imprese c.d. "sotto soglia" l'art. 17 prevede che la nomina dell'esperto possa essere chiesta anche agli organismi di composizione della crisi (oltre che al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente), ferma restando la disciplina del sovraindebitamento di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3.

Quanto ai gruppi, l'art. 13 prevede che la composizione negoziata possa svolgersi tanto in modo unitario quanto per singole imprese o raggruppamenti di imprese.

Tale scelta presenta evidenti assonanze con la Dir., in cui, come visto, è stata espunta dall'art. 3 l'originaria previsione che consentiva agli Stati membri di limitare l'accesso *all'early warning* alle piccole e medie imprese o agli imprenditori individuali, e si è invece precisato che gli Stati membri «*dovrebbero essere in grado di adattare gli strumenti di allerta precoce in funzione delle dimensioni dell'impresa e stabilire specifiche disposizioni in materia di strumenti di allerta precoce per le imprese e i gruppi di grandi dimensioni, tenendo conto delle loro peculiarità*» (Cons. 22).

La stessa concezione unitaria della figura dell'imprenditore/debitore è in linea con la direttiva, la quale non assume parametri quantitativi o qualitativi per individuare diverse categorie di imprese (limitandosi a dettare disposizioni specifiche per le PMI) e adotta una definizione omnicomprensiva di "imprenditore" – ossia «*la persona fisica che esercita un'attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale*» (art. 2, § 1, n. 9) – la quale comprende incondizionatamente l'imprenditore agricolo (esercitando questi, per definizione, un'attività imprenditoriale, sia pure nel settore dell'agricoltura).

Accomunare l'imprenditore commerciale a quello agricolo²⁰, tanto nell'art. 2 quanto nell'art. 17, appare un ulteriore passo verso quella revisione complessi-

²⁰ A. GHEDINI, M.L. RUSSOTTO, *L'istituto della composizione negoziata della crisi*, in *dirittodellacrisi.it*, 19 ottobre 2021, 13 s.

va della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi, preconizzata ormai da un decennio (segnatamente nell'art. 23, comma 43, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, che nelle more ha reso accessibili agli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza le procedure di cui agli articoli 182-*bis* e 182-*ter* l. fall.), che dovrebbe portare all'abbandono dell'anacronistica distinzione tra imprenditore agricolo e commerciale, la quale colloca l'Italia in posizione distonica rispetto alla legislazione dell'Unione europea e degli altri Stati membri.

Quanto al presupposto oggettivo, il riferimento a «*condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza (...) quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa*» (art. 2), delinea un paradigma sostanzialmente sovrapponibile al campo di applicazione della ristrutturazione preventiva unionale, il quale come visto contempla in via principale l'esistenza di «*difficoltà finanziarie*» che rendono probabile l'insolvenza (art. 1, § 1, lett. a) – o, in chiave anticipatoria, che «*potrebbero comportare la probabilità di insolvenza*» (art. 3, § 1), integrando una sorta di probabilità di crisi – ma consente agli Stati membri di estenderlo anche alle «*situazioni in cui il debitore attraversa difficoltà di natura non finanziaria*», bensì economica (ad es. la perdita di un appalto fondamentale), purché esse «*comportino una reale e grave minaccia per la capacità effettiva o futura del debitore di pagare i suoi debiti in scadenza*», in una proiezione temporale di «*alcuni mesi*» (o di un periodo «*anche più lungo*»), mettendo a rischio la «*continuità aziendale e, a medio termine, la sua liquidità*» (Cons. 28).

In ogni caso, anche i quadri di ristrutturazione preventiva disciplinati dalla direttiva sono finalizzati a «*impedire l'insolvenza e assicurare la sostenibilità economica*» o «*viability*» (art. 4 § 1; Cons. 24), laddove l'obiettivo di «*continuare a operare*» (Cons. 1 e 2) corrisponde al concetto di continuità aziendale; al tempo stesso, della ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa si trova chiara eco nella regola di giudizio che presiede all'omologazione del piano di ristrutturazione targato UE (art. 10, § 3).

La scelta degli enti presso cui si incardina questa sorta di «sede privilegiata» per le trattative che precedano qualsiasi forma di composizione negoziale della crisi – le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura – è coerente con l'indicazione del Cons. 22 della direttiva, per cui la gestione degli strumenti di allerta può avvenire indifferentemente a cura degli Stati membri o di «*entità private*», purché «*l'obiettivo sia raggiunto*».

Non vi è dubbio, infatti, che questo percorso stragiudiziale – destinato a far emergere la crisi e comporne negozialmente gli effetti – sia annoverabile tra gli strumenti di allerta precoce che l'art. 3 della Direttiva non tipizza, ma enuncia in via meramente esemplificativa, potendo in particolare ricondursi *lato sensu* a ll'ampia categoria dei «*servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private*» di cui al § 2, lett. b).

Inoltre, l'art. 3, § 1, della Direttiva impone agli Stati membri l'obbligo di predisporre uno o più strumenti *«in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio»*, mostrando chiaramente come l'approccio del legislatore europeo sia di tipo volontario e non coattivo.

Ciò si coniuga perfettamente con la scelta di rimettere alla sola iniziativa del debitore l'attivazione del percorso negoziale assistito, mediante la richiesta di nomina di un esperto indipendente al segretario generale della CCIAA.

D'altro canto, se il debitore rimane libero di attivarsi, è pur vero che, tra le misure che gli amministratori di imprese in crisi sono tenuti ad assumere *«qualora l'impresa versi in difficoltà finanziarie, per ridurre al minimo le perdite ed evitare l'insolvenza»*, la Direttiva menziona espressamente quella di *«richiedere consulenza professionale, anche sulla ristrutturazione e sull'insolvenza, ad esempio facendo ricorso a strumenti di allerta precoce»* (Cons. 70) e di *«avviare trattative con i creditori e procedure di ristrutturazione preventiva»* (Cons. 71).

Lo stesso Cons. 71 chiarisce anche che gli Stati membri devono comunque far sì che, nella valutazione della diligenza degli amministratori, si tenga conto delle norme in materia di obblighi dei dirigenti di cui all'art. 19 della Direttiva.

È quindi evidente che, per quanto spontanea, la mancata attivazione del debitore non è destinata a rimanere priva di conseguenze.

Si registra dunque piena coerenza di spirito informatore tra la Direttiva e il nuovo istituto, entrambi incentrati sulla necessità di stimolare il debitore ad organizzarsi adeguatamente, in modo da cogliere con sollecitudine i segnali delle difficoltà in cui versa la sua impresa, e così attivarsi diligentemente per scongiurarne la degenerazione in insolvenza; un debitore quindi consapevole, organizzato e proattivo, ma anche sostenuto da uno Stato che si cura non solo di informarlo in modo chiaro ed efficace sugli strumenti allestiti dall'ordinamento per superare la crisi, ma anche di supportarlo nella fase precoce di approccio stragiudiziale alla crisi (cfr. Cons. 22).

In effetti, dall'art. 3, § 3 della Dir. emerge chiaramente che solo un debitore che abbia accesso a informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti e le procedure concorsuali disponibili può avere quella consapevolezza necessaria per prevenire le degenerazioni dei momenti di crisi che l'impresa inevitabilmente attraversa; e ciò grazie appunto alla cooperazione dello Stato alla formazione di un moderno ceto imprenditoriale.

La conseguente scelta di affiancare a debitore e creditori la figura di un esperto indipendente di nomina amministrativa²¹, capace di individuare le pro-

²¹ A norma del sesto comma dell'art. 3 del d.l. n. 118 del 2021 convertito in l. n. 147 del 2021, la nomina dell'esperto spetta ad una commissione che resta in carica per due anni, costituita presso

blematiche esistenti, segnalare le possibili soluzioni ed agevolare le trattative necessarie per consacrarle in un accordo negoziale, trova riscontro nell'opzione del legislatore europeo di costruire la figura del «*professionista nel campo della ristrutturazione*» – quale è quello nominato dall'autorità giudiziaria o amministrativa – come soggetto che annovera tra i suoi possibili compiti anche quello di assistere tutte le parti interessate (Cons. 31) ed in particolare di «*assistere il debitore o i creditori nel redigere o negoziare il piano di ristrutturazione*» (art. 2, par. 1, n. 12, lett. a), accanto ai compiti più tradizionali di «*vigilare sull'attività del debitore durante le trattative sul piano di ristrutturazione e riferire all'autorità giudiziaria o amministrativa*» (lett. b) o addirittura «*assumere il controllo parziale delle attività o degli affari del debitore durante le trattative*» (lett. c).

Infine, la caratteristica dell'imparzialità e indipendenza dell'esperto risponde pienamente ai principi di efficienza dettati in particolare nell'art. 27, § 1 della Direttiva.

È evidente, però, che il nuovo istituto potrà costituire un volano per l'economia solo se il moderno approccio culturale che presuppone – con il primato della *business rescue culture*²² – verrà introitato e diffuso a tutti i livelli.

le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura del capoluogo della regione e delle province autonome di Trento e Bolzano, composta da: a) un magistrato designato dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale del capoluogo di regione o della provincia autonoma di Trento o di Bolzano nel cui territorio si trova la CCIAA che ha ricevuto l'istanza dell'imprenditore di cui all'articolo 2, comma 1; b) un membro designato dal presidente della CCIAA presso cui è costituita la commissione; c) un membro designato dal prefetto del capoluogo di regione o della provincia autonoma di Trento o di Bolzano nel cui territorio si trova la stessa CCIAA.

²² V. MINERVINI, *La composizione negoziata nella prospettiva del recepimento della Direttiva Insolvency. Prime riflessioni*, in *Ristrutturazioni aziendali – ilcasoi.it*, 17 ottobre 2021.

I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

Quaderno 1 – Bioetica e biodiritto

Quaderno 2 – Raccolta delle fonti e delle principali delibere della Scuola superiore della magistratura

Quaderno 3 – Comunione e condominio

Quaderno 4 – Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca COVID

Quaderno 5 – Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario

Quaderno 6 – Storia della magistratura

Quaderno 7 – I metodi di risoluzione alternativa delle controversie:
Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione
giudiziale

Quaderno 8 – Il procedimento disciplinare dei magistrati

Quaderno 9 – L'ordinamento giudiziario

Quaderno 10 – L'evoluzione della responsabilità civile

Quaderno 11 – I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee

Quaderno 12 – Dieci anni di Scuola superiore della magistratura (2011-2021)

Quaderno 13 – Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria

Quaderno 14 – Il diritto tributario nella prospettiva penale e civile

Quaderno 15 – Giustizia digitale



I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

Quaderno 16 – Il nuovo diritto di famiglia

Quaderno 17 – L'etica giudiziaria



Finito di stampare nel mese di ottobre 2022
a cura dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

